This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HDP
HL 2BEP 4
HARVARD
COMP
914
ZAE
Digitized by Google

Изъ библіотеки
Ѳ. Н. ПАНОВА.
Шк. 3 Пл. 3 Рд. 1 Мс. 24
№

A7
Zagorovskii, A. I
Nezakonnorozhdennyia

HARVARD LAW LIBRARY

Received MAR 2 4 1934

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

НЕЗАКОННОРОЖДЕННЫЯ

ПО

САКСОНСКОМУ И ФРАНЦУЗСКОМУ ГРАЖДАНСКИМЪ КОДЕКСАМЪ,

ВЪ СВЯЗИ СЪ ПРИНЦИПІАЛЬНЫМЪ РѢШЕНІЕМЪ ВОПРОСА О НЕЗАКОННОРОЖДЕННЫХЪ ВООБЩЕ.

ПРИВАТЪ-ДОЦЕНТА

А. Загоровскаго.

L'homme est né libre, et partout
il est dans les fers.—*J. J. Rousseau.*

КІЕВЪ.

ВЪ УНИВЕРСИТЕТСКОЙ ТИПОГРАФІИ.

1879.

Digitized by Google

Digitized by Google

НЕЗАКОННОРОЖДЕННЫЯ

ПО

САКСОНСКОМУ И ФРАНЦУЗСКОМУ ГРАЖДАНСКИМЪ КОДЕКСАМЪ,

ВЪ СВЯЗИ СЪ ПРИНЦИПІАЛЬНЫМЪ РѢШЕНІЕМЪ ВОПРОСА О НЕЗАКОННОРОЖДЕННЫХЪ ВООБЩЕ.

ПРИВАТЪ-ДОЦЕНТА

Aleksandr Ivanovich Zagorovskii

А. Загоровскаго.

L'homme est né libre, et partout
il est dans les fers.—*J. J. Rousseau.*

КІЕВЪ.

ВЪ УНИВЕРСИТЕТСКОЙ ТИПОГРАФІИ.

1879.

Comp 914 I

Digitized by Google

Оттискъ изъ Университетскихъ Извѣстій, печатано по опредѣленію Совѣта Университета Св. Владиміра, 1879 года.

MAR 24 1934

Digitized by Google

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Если есть вопросъ, вполнѣ не тронутый русской цивилистикой, то такимъ, по справедливости, надо назвать вопросъ о незаконнорожденныхъ. Но если въ цивилистикѣ онъ не тронутъ, то о законодательствѣ надо сказать даже болѣе того—онъ совсѣмъ имъ отвергнутъ. Но, конечно, отрицаніе не есть рѣшеніе вопроса. Никакая статья не можетъ изгладить того, что начертала жизнь. Уже давно, а въ особенности въ послѣднее время, стали носиться благіе слухи, что реформа постановленій X т. о незаконнорожденныхъ поставлена на очередь. Нельзя не пожелать, чтобы эти слухи оправдались, и чтобы слово стало, наконецъ, дѣломъ. Настоящая работа была предпринята тоже подъ вліяніемъ мысли о реформѣ. Мы думали, что именно теперь, когда возникло сознаніе необходимости пересмотра нашихъ законовъ о незаконнорожденныхъ, кстати повести рѣчь о томъ, какъ рѣшается этотъ вопросъ западно-европейскими законодательствами, и каково вообще можетъ быть принципіальное рѣшеніе вопроса о незаконнорожденныхъ. Для сей цѣли мы избрали два типическіе вида этихъ законодательствъ —саксонское и французское—и, изучивъ ихъ, рѣшились сдѣлать заключеніе въ пользу принцица Paternität'а. Намъ казалось, что такая работа, въ виду почти полнаго отсутствія у насъ и законодательства, и литературы относительно трактата о незаконнорожденныхъ, можетъ имѣть нѣкоторую пользу.—Книга наша не лишена совсѣмъ и практическаго интереса, такъ какъ постановленія о незаконнорожденныхъ

Digitized by Google

нашего Уложенія для Царства Польскаго суть ничто иное какъ буквальное повтореніе этихъ постановленій Кодекса Наполеона.—Что касается общаго русскаго законодательства (т. е., главнымъ образомъ, его исторіи), то оно въ это изслѣдованіе, какъ спеціальный предметъ, не вошло. Имъ мы думаемъ заняться въ будущемъ.

Авторъ.

Кіевъ.
15 апрѣля
1879 г.

Digitized by Google

ПОЛОЖЕНІЯ

къ сочиненію Приватъ-Доцента Александра Загоровскаго—Незаконнорожденныя по Саксонскому и Французскому Гражданскимъ Кодексамъ, въ связи съ принципіальнымъ рѣшеніемъ вопроса о незаконнорожденныхъ вообще—представленному въ Юридическій Факультетъ для полученія степени магистра гражданскаго права.

1. Различія между незаконнорожденными и законнорожденными, при полигамической формѣ брака, или совсѣмъ не существовало, или же оно было лишь въ слабой степени.

2. Саксонское законодательство основываетъ алиментарную обязанность незаконнаго отца по отношенію къ его незаконнорожденнымъ дѣтямъ, главнымъ образомъ, на проступкѣ.

3. Прямое слѣдствіе отсюда: a) отрицаніе такъ называемой exceptio congressus cum pluribus—что недостойно подражанія.

4. b) Установленіе алиментарной обязанности незаконнаго отца независимо отъ его средствъ и нужды незаконнаго дитяти—что противно общимъ правиламъ объ алиментахъ.

5. Саксонское законодательство допускаетъ узаконеніе послѣдующимъ бракомъ и рескриптомъ для всѣхъ видовъ незаконнорожденныхъ.

6. Possession d'état или пользованіе правосостояніемъ не констатируетъ незаконнаго сыновства по французскому законодательству.

7. Незаконные родители имѣютъ puissance paternelle надъ своими незаконными признанными дѣтьми.

8. Алиментарную обязанность несутъ и незаконные родители, хотя объ этомъ Кодексъ Наполеона умалчиваетъ.

9. Принципъ Paternität'а оправдывается чувствомъ справедливости, требованіями юридической логики и задачами здравой законодательной политики.

10. Реформа нашего законодательства о незаконнорожденныхъ—дѣло неотложной необходимости.

По опредѣленію Юридическаго факультета Университета Св. Владиміра, 30 Апрѣля 1879 года, печатать разрѣшается. Деканъ *В. Демченко.*

Digitized by Google

Digitized by Google

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Стр.

Введеніе 1

Отдѣлъ первый. Положеніе незаконнорожденныхъ по Саксонскому Гражданскому Кодексу.

Глава первая. Обязанность содержанія незаконнорожденнаго дитяти его отцемъ 31
Глава вторая. Наслѣдственныя права незаконнорожденныхъ . . 53
Глава третья. Узаконеніе 58
Глава четвертая. Усыновленіе 67
Глава пятая. Дѣти невѣстъ 79

Отдѣлъ второй. Французское законодательство.

Глава первая. Опредѣленіе незаконнаго 84
Глава вторая. О признаніи незаконнорожденнаго. О титулѣ . . 94
Глава третья. О розысканіи родителей 107
Глава четвертая. О доказательствѣ сыновства дѣтей отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія 118
Глава пятая. Объ отеческой власти 123
Глава шестая. Отношеніе между родителями и дѣтьми, независящія отъ отеческой власти 134
Глава седьмая. О наслѣдственныхъ правахъ незаконнорожденныхъ и объ узаконеніи 138

Digitized by Google

Отдѣлъ третій. Критическое обозрѣніе саксонскаго и французскаго законодательствъ.

Глава первая. Критика принциповъ Paternität'a и Maternität'a . 158
Глава вторая. Мнѣнія ученыхъ позднѣйшаго времени о принципахъ Paternität'a и Maternität'a 173
Глава третья. Недостатокъ текстовъ саксонскаго и французскаго законодательствъ 184

Digitized by Google

Незаконнорожденныя[1] по саксонскому и французскому Гражданскимъ Кодексамъ.

Введеніе.

Исторія права показываетъ, что союзъ мужчины съ женщиной сталъ рано подвергаться опредѣленіямъ законодательства. Законъ рано создалъ для этого союза отличительную форму, взялъ его подъ свою опеку, далъ ему особыя права и выдѣлилъ, такимъ образомъ, этотъ формальный союзъ, какъ свой, какъ законный, изъ ряда простыхъ неформальныхъ, незаконныхъ союзовъ мужчины и женщины.

Параллельно съ этимъ различіемъ въ способахъ сожительства и параллельно съ различнымъ отношеніемъ къ нимъ законодательства, разнообразились и права дѣтей, происходившихъ отъ тѣхъ или дру-

---

[1]) Сколь ни страненъ терминъ—*незаконнорожденныя*, принятый нашимъ Сводомъ и вообще нашею юридическою жизнью, страненъ потому, что рожденіе человѣка не можетъ быть беззаконіемъ, однако приходится имъ пользоваться, такъ какъ и терминологія западно-европейскихъ законодательствъ, гдѣ мы привыкли обыкновенно заимствоваться, въ семъ случаѣ еще менѣе удачна. Такъ нѣмецкія законодательства, въ томъ числѣ и саксонское, называютъ незаконныхъ дѣтей *внѣбрачными*—ausserehelichе, но и дѣти, рожденныя въ бракѣ, могутъ быть тоже незаконнорожденными, напр. дѣти, происшедшія отъ прелюбодѣнія, отъ недѣйствительнаго брака и т. п. Такъ французскій кодексъ, а за нимъ и италіанскій, называютъ незаконнорожденныхъ дѣтьми *естественными*—enfants naturels, figli naturali, но это названіе болѣе поэтическое, чѣмъ юридическое и, во всякомъ случаѣ, весьма неточное, такъ какъ оно предполагаетъ, что указанныя законодательства остальныхъ дѣтей—законорожденныхъ какъ-бы считаютъ не естественными.

Digitized by Google

гихъ союзовъ. Только тѣ дѣти, которыя происходили отъ союзовъ, установленныхъ закономъ, были предметомъ заботы и попеченій законодательства, дѣти же, происходившія отъ союзовъ, непокровительствуемыхъ закономъ, стояли внѣ закона, не пользовались его защитой, а иногда прямо были предметомъ его преслѣдованія. Отсюда съ древнихъ временъ установилось различіе между *законными* или *законнорожденными* и *незаконными* или *незаконнорожденными* дѣтьми.

И такъ, законодательство издавна разсматривало судьбу незаконныхъ дѣтей не самостоятельно, а въ связи съ бракомъ, видоизмѣняя ее, сообразно съ измѣненіемъ взгляда на бракъ.

Съ тѣхъ поръ, какъ среди человѣческихъ обществъ половое сожительство мужчины съ женщиной получило правильную форму, мы видимъ два вида этого сожительства: союзъ одного мужчины съ нѣсколькими женщинами (полигамія) и союзъ одного мужчины съ одной женщиной (моногамія) [1]).

Исторія свидѣтельствуетъ намъ, что полигамическая форма брака была общеупотребительной формой сожительства у народовъ древняго времени, (что совершенно понятно, если принять въ соображеніе, что бракъ тогда разсматривался, главнымъ образомъ, какъ средство физическаго общенія двухъ лицъ разныхъ половъ), и что, вмѣстѣ съ успѣхами цивилизаціи, форма эта постепенно слабѣетъ и, наконецъ, за немногими исключеніями, совершенно уступаетъ мѣсто моногаміи. Изъ исторіи же мы узнаемъ, что судьба незаконнорожденныхъ дѣтей была тѣсно связана съ той или другой формой брака. Во время господства полигаміи, положеніе незаконнорожденныхъ дѣтей или совсѣмъ не отличалось отъ положенія законнорожденныхъ, или отличіе было лишь въ незначительной степени. Затѣмъ, когда законъ сталъ допускать лишь одну жену и конкубинъ, положеніе незаконнорожденныхъ ухудшилось, и, наконецъ, во время строгаго господства однобрачія (въ средніе вѣка), положеніе ихъ стало по истинѣ нестерпимымъ.

Только въ новѣйшее время, съ пробужденіемъ принципа всеоб-

---

[1]) Союзъ одной женщины съ многими мужчинами (поліандрія), который существуетъ, по свидѣтельству путешественниковъ, въ Тибетѣ и на Малабарскомъ берегу, есть явленіе слишкомъ исключительное, чтобы видѣть въ немъ особую форму сожительства.

Digitized by Google

щей равноправности, судьба незаконнорожденныхъ стала улучшаться. Для нихъ въ системѣ законодательства стали отводить особое мѣсто, гарантирующее имъ извѣстную долю семейныхъ правъ.

Прослѣдимъ въ краткихъ чертахъ историческій ходъ развитія правъ незаконнорожденныхъ. Это, съ одной стороны, послужитъ намъ фактическимъ доказательствомъ мысли, что положеніе незаконнорожденныхъ находилось въ ближайшей связи съ идеей брака и его формой, а, съ другой, облегчитъ пониманіе тѣхъ законодательствъ, спеціальному разсмотрѣнію которыхъ посвящена наша работа.

Востокъ.

Уже въ древней законодательной книгѣ *Индусовъ—Ману*, мы находимъ постановленія о незаконнорожденныхъ. Постановленія эти касаются лишь одной стороны ихъ правъ—правъ наслѣдованія по закону. Эти права Ману опредѣляетъ различно, смотря по кастамъ и смотря по родственной близости другихъ претендентовъ на наслѣдство умершаго.

Для низшей изъ кастъ—касты Судры—древній законъ индусовъ вовсе не дѣлалъ различія между законнорожденными и незаконнорожденными. И тѣ, и другія наслѣдовали совершенно равноправно. Напротивъ, въ высшихъ кастахъ права незаконнорожденныхъ ограниченнѣе правъ законнорожденныхъ дѣтей; первыя получали лишь половину доли законнаго дитяти, если наслѣдовали вмѣстѣ съ нисходящими, и только при отсутствіи нисходящихъ до 3-й степени, и при несуществованіи въ живыхъ супруги умершаго, онѣ могли получить все наслѣдство. Слѣдовательно, незаконнорожденныя предпочитались всѣмъ нисходящимъ, начиная съ 4-й степени, и всѣмъ восходящимъ и боковымъ родственникамъ, безъ различія степеней.

Это сравнительно снисходительное отношеніе Ману къ незаконнорожденнымъ объясняется прежде всего полигамической формой брака, практиковавшейся у индусовъ. Когда бракъ является союзомъ мужчины не съ одной женщиной, а съ нѣсколькими, тогда сожительство внѣ брака не можетъ быть такимъ рѣзкимъ нарушеніемъ его, какъ въ томъ случаѣ, когда онъ имѣетъ форму сожительства одного мужчины только съ одной женщиной. Отсюда результатъ этого нарушенія—незаконныя дѣти eo ipso караются меньше въ первомъ случаѣ, чѣмъ во второмъ.

Digitized by Google

Вторая причина снисходительнаго отношенія индусовъ къ незаконнорожденнымъ заключается въ ихъ законахъ о наслѣдствѣ.

Законы о наслѣдованіи у индусовъ, какъ и у многихъ другихъ народовъ той эпохи, находились въ тѣсной связи съ религіей.

Извѣстно, что индусы признавали загробную жизнь. По ихъ вѣрованіямъ, тѣни умершихъ нуждались въ жертвоприношеніяхъ ихъ родственниковъ, какъ въ средствѣ избавиться отъ мученій ада. Между тѣмъ изъ жертвоприношеній самыми священными считались тѣ, которыхъ требовали тѣни отца, дѣда и прадѣда. Вотъ почему наслѣдство не шло дальше 3-й степени въ линіи нисходящей. Законъ, такимъ образомъ, отказывалъ въ наслѣдствѣ лицамъ, которыя были безполезны для умершаго въ загробной жизни и переносилъ на лицъ, жертвы которыхъ могли быть для него спасительны; то есть: на вдову, его незаконнаго сына и за тѣмъ на восходящихъ и боковыхъ родственниковъ.

У древнихъ *Китайцевъ*, практиковавшихъ, какъ и индусы, полигамію, различія между законными и незаконными дѣтьми въ имущественныхъ отношеніяхъ совсѣмъ не было. Только преимущество ранга и почестей переходило на старшаго сына главной жены умершаго.

Ту же самую равноправность незаконныхъ дѣтей съ законными мы находимъ и въ древнемъ *Египтѣ*, гдѣ полигаміей пользовались всѣ касты кромѣ жреческой.

„Избранники Божіи“—*Евреи* практиковали полигамію съ самаго начала своей исторіи. Какъ на первый случай ея, указываетъ Библія на Ламеха, сына того Маѳусала, который прославился такимъ завиднымъ долголѣтіемъ. Затѣмъ исторія представляетъ уже цѣлый рядъ примѣровъ: Авраамъ съ ревнивой Саррой и кроткой Агарью, Іаковъ съ Ліей и Рахилью, законными женами и ихъ двумя служанками-конкубинами, братъ его Исавъ тоже—двоеженецъ, даже Моисей—этотъ великій охранитель чистоты нравовъ поддался общечеловѣческой слабости и имѣлъ кромѣ жены еще конкубину (эѳіоплянку). Цари израильскіе не довольствовались 2-мя конкубинами и 2-мя, 3-мя женами, и мудрый Соломонъ имѣлъ, по свидѣтельству Библіи, 700 женъ и 300 конкубинъ [1]).

---

[1]) Только въ позднѣйшее время исторіи еврейскаго народа мы видимъ ограниченіе многоженства. Еще Моисей, хотя прямо и не запрещалъ, но не одобрялъ его; положительно же не дозволялось первосвященнику

Digitized by Google

При такой всеобщей распространенности конкубината, дѣти отъ него не могли быть безправными. И дѣйствительно, мы не видимъ, чтобы существовала разница въ древней Іудеи между законными и незаконными дѣтьми. Единственный случай, рѣшающій вопросъ въ противоположномъ смыслѣ, это изгнаніе Измаила Авраамомъ. Но и этотъ случай изложенъ у бытописателя, скорѣе какъ примѣръ несправедливости Сарры, чѣмъ нормальнаго порядка [1]).

Позднѣйшая законодательная книга евреевъ—*Талмудъ* положительно признаетъ равноправность всѣхъ дѣтей, не обращая вниманія на то, кто ихъ мать. Только дѣти иностранокъ и рабынь не участвуютъ въ дѣлежѣ отцовскаго имущества.

Точно также ни въ правахъ древнихъ *Арабовъ* и *Персовъ*, ни въ ихъ законодательныхъ книгахъ (Зендавестѣ и Коранѣ) мы не встрѣчаемъ различія между законными и незаконными дѣтьми въ отношеніи наслѣдственныхъ правъ. Однако какъ у евреевъ, такъ и у этихъ народовъ уже замѣчаются постановленія, стѣсняющія полигамію. Число женъ въ Коранѣ ограничено четырьмя, (хотя Пророкъ имѣлъ спеціальное разрѣшеніе отъ Архангела Гавріила имѣть для себя и больше). По Зендавестѣ многоженство разрѣшается лишь тогда, когда отъ первой жены не было дѣтей. Вообще, изъ всѣхъ законодательствъ Востока, персидское было единственнымъ, неблагопріятно относившимся къ полигаміи и наиболѣе приближавшимся къ принципу моногамическому.

имѣть болѣе одной жены. Впослѣдствіи времени царямъ израильскимъ запрещено было имѣть слишкомъ много женъ и конкубинъ. Однако лишь тогда, когда Іудея стала Римской провинціей, въ правленіе Аркадія, Гонорія и Ѳеодосія, полигамія была легально воспрещена въ Іудеѣ.

[1]) Книга Бытія, IV—18, 19, XVI, XXII—24, XXVI—34, XXIX, XXX.
Исходъ, II—21.
Числъ, XII.
II-я Книга Царствъ, XI, XII—8, XV—16, XVI—22, XIX—5.

Digitized by Google

Греція.

Въ древней *Греціи*, подобно тому, какъ и въ другихъ странахъ древняго міра, господствовала полигамія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и равенство незаконнорожденныхъ съ законнорожденными. Честь учрежденія моногаміи въ Аѳинахъ приписывается Кекропсу [1]). Однако, насколько въ нравахъ аѳинянъ были крѣпки симпатіи полигамическія, видно изъ той заурядности внѣбрачнаго сожительства, которое намъ представляетъ исторія Аѳинъ. Даже великіе умы Аттики предпочитали внѣбрачное сожительство браку и открыто жили съ наложницами [2]).

Тѣмъ не менѣе законъ, видимо, крѣпко стоялъ за принципъ моногамическій, и, вслѣдствіе этого, положеніе незаконнорожденныхъ было самое печальное.

Прежде всего самое *понятіе о незаконнорожденныхъ* было необыкновенно *расширено*. Сюда были отнесены не только дѣти незамужнихъ, но и дѣти, рожденныя въ бракѣ отъ иностранокъ, (дѣти же, рожденныя отъ иностранца и аѳинянки считались иностранцами) такъ какъ jus connubii было тѣсно связано съ правомъ гражданства.

Незаконнорожденныя не принадлежали къ фратріямъ, а потому и не считались членами семьи. *Изъ участія въ наслѣдованіи они были безусловно исключены*, все равно конкурировали-ли съ ними нисходящіе, восходящіе или боковые родственники. Даже завѣщать отецъ могъ своему незаконному дитяти всего 5 минъ. Споренъ вопросъ, могли-ли быть узаконяемы незаконнорожденныя. Одни (Гансъ) говорятъ, что да, другіе (Платнеръ), что нѣтъ; но усыновленіе допускалось.

Параллельно, съ гражданскимъ безправіемъ незаконнорожденныхъ шло и безправіе политическое.

Незаконнорожденныя не были гражданами и не могли занимать никакихъ публичныхъ должностей. Мало того, они пользовались общественнымъ презрѣніемъ и на публичныхъ играхъ для нихъ назначалось особое мѣсто.

---

[1]) Вообще свѣдѣнія о законодательствѣ древней Греціи ограничиваются, главнымъ образомъ, одними Аѳинами.

[2]) Кто не знаетъ замѣчательной Аспазіи, завоевавшей три знаменитости Греціи: Алкивіада, Сократа и Перикла. Не менѣе извѣстны и двѣ Лаисы.

Digitized by Google

Кромѣ Аѳинъ сохранились еще свѣдѣнія о незаконнорожденныхъ только въ однихъ *Спартанскихъ законахъ*. Эти законы запечатлѣны такимъ же казарменнымъ духомъ, какъ и всѣ учрежденія древней Спарты.

Такъ Ликургъ въ одномъ изъ своихъ законовъ повелѣвалъ старцу, имѣвшему молодую и красивую жену, уступить ее молодому и здоровому человѣку; мало того, онъ дозволялъ холостяку, нехотѣвшему жениться, но желавшему имѣть дѣтей, потребовать у этого мужа переуступки ему на нѣкоторое время своихъ супружескихъ правъ [1]).

Римъ.

Положеніе незаконнорожденныхъ въ *Римѣ* тѣсно связано съ римскими воззрѣніями на семью.

Когда familia была собраніемъ лишь агнатовъ, когда власть, а не кровь, служила основою семейныхъ узъ, незаконнорожденному не было и не могло быть мѣста въ семьѣ. Не имѣя отца, онъ не подлежалъ отеческой власти, а вмѣстѣ съ тѣмъ онъ не могъ быть и членомъ familia. Если римляне говорили о незаконнорожденномъ, что онъ имѣлъ nullum patrem [2]), то они въ этомъ случаѣ были не совсѣмъ точны: надо было бы сказать, что онъ имѣлъ nullam familiam. Понятно послѣ этого то полное гражданское безправіе, въ которомъ мы находимъ незаконнонорожденныхъ въ древнемъ Римѣ.

Извѣстно, что знаменитый законъ XII таблицъ устанавливалъ 3 класса наслѣдниковъ—sui, agnati и gentiles. Ни въ одномъ изъ этихъ классовъ не было мѣста незаконнорожденному, какъ лицу, не подлежавшему отеческой власти. Точно также невозможно было для неза-

---

[1]) О законодательствѣ Востока и Греціи см. *Koenigswarter*, Essai sur la législation des peuples anciens et modernes relative aux enfants nés hors mariage въ Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique. T. IX, p. 181—190. *Morillot*. De la condition des enfants nés hors mariage dans l'antiquité et au moyen âge en Europe—въ Revue historique de droit français et etranger. 1866. Mars—Avril. p. 149—161.

[2]) Vulgo quaesitas nullum habere agnatum manifestum est, quum agnatio a patre, cognatio a matre sit; hi autem *nullum patrem* habere intelliguntur. § 4. Just. III, 5.

Digitized by Google

коннорожденныхъ и наслѣдованіе послѣ матери, такъ такъ, не состоя въ бракѣ, и не находясь in manu мужа, она не была агнаткой своихъ дѣтей—и слѣдовательно, не было и основанія для призванія къ наслѣдованію послѣднихъ послѣ смерти первой.

Но извѣстно, что этотъ строго національный законъ Рима скоро былъ найденъ несоотвѣтствующимъ практической жизни, и вотъ юридическій бытъ начинаетъ шагъ за шагомъ отступать отъ старой традиціи въ виду новыхъ, вызванныхъ временемъ, потребностей. Этимъ примирителемъ старины съ духомъ времени былъ преторъ. Онъ сначала осторожно, затѣмъ, все болѣе и болѣе энергически, обезсиливаетъ устарѣлые институты гражданскаго права и выдвигаетъ новые, гармонирующіе съ развитіемъ культуры.

Въ его Intestati bonorum possessio, которое, по выраженію Гая, introductum est a praetore emendandi veteris juris gratia [1]), находятъ себѣ первый пріютъ и доселѣ безправныя незаконныя дѣти. Именно, въ третьемъ классѣ этихъ преторскихъ наслѣдниковъ были поставлены когнаты, кровные родственники умершаго. Это дало незаконнорожденнымъ возможность наслѣдовать послѣ матери, если не было наслѣдниковъ въ первыхъ двухъ классахъ (liberi и legitimi) [2]).

Senatusconsultum Orphitianum пошелъ дальше по принципу, введенному преторомъ. Въ силу его, къ наслѣдованію послѣ матери призываются прежде всего ея дѣти, съ исключеніемъ всѣхъ прочихъ родственниковъ, даже агнатовъ, причемъ о незаконнорожденныхъ сказано: novissime sciendum est, etiam illos liberos, *qui vulgo quaesiti sunt, ad matris hereditatem ex hoc senatusconsulto admitti* [3]).

Въ послѣдствіи времени, какъ свидѣтельствуютъ Гай и Ульпіанъ, мать взаимно получила право наслѣдовать послѣ своихъ незаконныхъ дѣтей, а эти послѣднія другъ другу [4]).

Нѣкоторые изслѣдователи [5]) полагаютъ, что эдиктомъ Unde cognati

---

[1]) Inst. III, 9.

[2]) Pr. Inst. De S. C. Tertull. III, 3.—Pr. § 3. De Bon. Poss. Inst. III, 9.

[3]) § 3. De S. C. Orphit. Inst. III, 4.

[4]) Fr. 2 et 4. Unde cognati. D. XXXVIII, 8.

[5]) M. Ortolan, Explication historique des Institutes. T. III, p. 61.—Pilette, Sur le concubinat chez les Romains, p. 347,—въ Revue historique de droit fran-

Digitized by Google

призывались къ наслѣдованію незаконныя дѣти и послѣ отца. Дѣйствительно, ratio legis допускаетъ такое толкованіе, хотя, правда, что текстъ закона объ этомъ умалчиваетъ.

Съ Константина Великаго конкубинатъ становится учрежденіемъ, неодобряемымъ закономъ, а лишь терпимымъ. Съ этихъ поръ начинается поворотъ въ судьбѣ незаконнорожденныхъ и поворотъ къ худшему. Судя по тому, что незаконнорожденнымъ стали отказывать въ правѣ получать отъ своего отца что либо по завѣщанію, можно думать, что и наслѣдовать отцу безъ завѣщанія было для нихъ тоже запрещено [1]).

Новая эра для незаконнорожденныхъ наступаетъ со дня реформъ Юстиніана. Онъ первый допустилъ незаконнорожденнаго къ *наслѣдованію послѣ отца*; а именно: если послѣ смерти отца не оставалось въ живыхъ ни его законной жены, ни законныхъ дѣтей, то незаконнорожденный, вмѣстѣ съ своей матерью, имѣлъ право на $^1/_6$ отцовскаго наслѣдства, при конкуренціи-же упомянутыхъ лицъ, ему предоставлено было лишь право на содержаніе (алименты) [2]).

Эти же алиментарныя права, или права на $^1/_6$ наслѣдства, Новеллой 89 (Caput. XIII) были предоставлены и наоборотъ отцу незаконнорожденнаго послѣ смерти сего послѣдняго.

Что касается *дарственныхъ* способовъ пріобрѣтенія, то, вначалѣ

çais et étranger. 1865. Juillet—Août. Mignonac, Des enfants nés hors mariage en droit romain et dans l'ancien droit et spécialement de la condition des enfants naturels au point de vue du droit de famille. Paris, 1875. p. 95, 96.

[1]) Pilette, 349.

[2]) Si quis autem defunctus fuerit legitima ei omnino sobole non extante neque legitima coniuge, deinde moriatur non disponens de substantia sua.... sit autem ei donec vixerit, libera mulier in schemate concubinae sociata, et filii ex ea, damus eis et intestatis parentibus defunctis duas paternae subtantiae uncias habere, cum matre partiendas, quantiqunque fuerint filii ut unius filii portionem mater accipiat. Nov. 89. C. XII—4. Si quis autem habens filios legitimos, relinquat et naturales, ab intestato quidem nihil eis existere omnino volumus, pasci vero naturales a legitimis sancimus ut decet eos secundum substantiae mensuram a bono viro arbitratam; hoc ipso custodiendo vel si coniugem, quidem habet, filios autem naturales ex defuncta concubina sibi natos et illi alantur ab eius successoribus. Ibid. (§ 6).

Digitized by Google

римской исторіи, незаконныя дѣти въ этомъ случаѣ не подлежали никакимъ ограниченіямъ. Если на то была воля наслѣдодателя—отца, они могли пріобрѣтать отъ него безъ ограниченія мѣры. Для всѣхъ былъ одинъ законъ: uti legassit, ita jus esto.

Константинъ Великій первый сталъ стѣснять права незаконныхъ дѣтей въ семъ случаѣ. За нимъ слѣдовали другіе, и только Валентію, Валентину и Граціану placuit humanum aliquid agere circa naturales. Именно постановленіемъ этихъ императоровъ дозволено было завѣщателю, неимѣвшему ни законныхъ дѣтей, ни отца, ни матери, оставлять $^3/_{12}$ наслѣдства своимъ незаконнымъ дѣтямъ вмѣстѣ съ ихъ матерью; при законныхъ же дѣтяхъ, они могли получить лишь $^1/_{12}$ [1]).

Юстиніанъ расширилъ эти права незаконнорожденныхъ. Онъ началъ съ того, что установилъ правило: существованіе усыновленныхъ дѣтей или законной супруги не должно ограничивать отца въ правѣ дарственно распоряжаться въ пользу своихъ незаконныхъ дѣтей [2]). Затѣмъ онъ измѣнилъ сейчасъ указанное распоряженіе императоровъ Валентія, Валентина и Граціана въ томъ смыслѣ, что незаконнорожденныя, при отсутствіи законныхъ дѣтей, могли получать дарственно отъ отца не $^1/_4$, а половину наслѣдства [3]). Нѣсколько позже онъ даже дозволилъ отдать незаконнорожденному все наслѣдство, если не было ни нисходящихъ, ни восходящихъ родственниковъ, имѣвшихъ право на законную долю. При наличности же законныхъ дѣтей, незаконныя получали постарому лишь $^1/_{12}$ [4]).

Что касается права получать даромъ отъ матери, то мы находимъ запрещеніе, введенное Юстиніаномъ, только для знатной женщины (matri illustri), имѣвшей законныхъ дѣтей: она не могла ни подарить, ни завѣщать что либо своему незаконному дитяти [5]), правило совершенно понятное, какъ сейчасъ увидимъ.

Всѣ изложенныя нами права незаконнорожденныхъ даны Юстиніаномъ лишь одному виду незаконныхъ дѣтей—такъ называемымъ liberi

---

[1]) Nov. 89, C. XII, pr.

[2]) Anth. Nunc soli. Cod. De nat. lib. V, 27.

[3]) Nov. 89, Cap. XII, § 1.

[4]) Nov. 89, Cap. XII, § 3.

[5]) Const. 5 Ad. S. C. Orph. Cod. VI, 57.

Digitized by Google

naturales—дѣтямъ конкубины. Этого ограниченія не надо забывать. Конкубинатъ никогда не уподоблялся stuprum, а напротивъ, какъ по своей идеѣ, такъ и по условіямъ заключенія, сходствовалъ много съ бракомъ Это, по удачному выраженію Тролона, была une imitation naturelle du mariage. Извѣстно, что вызвало этотъ оригинальный институтъ. Августъ хотѣлъ создать въ немъ суррогатъ брака для тѣхъ случаевъ, гдѣ послѣдній, по общественнымъ ли предразсудкамъ, или въ силу закона, былъ невозможенъ. Признавая, такимъ образомъ, конкубинатъ совершенно законною связью, Августъ, для заключенія его, требовалъ почти всѣхъ тѣхъ же условій, какъ и для брака. Для вступленія въ конкубинатъ, какъ и для вступленія въ бракъ, близость родства была законнымъ препятствіемъ. Конкубинатъ не могъ имѣть мѣста на ряду съ бракомъ, а лишь отдѣльно отъ него. Многоженство такъ же воспрещалось въ конкубинатѣ, какъ и въ бракѣ.

Это показываетъ, что всѣ благодѣянія реформъ Юстиніана были лишь частичными. Существовалъ еще цѣлый рядъ незаконныхъ дѣтей, происходившихъ отъ связей преступныхъ—adulterini, incestuosi, spurii, vulgo quaesiti, которыя лишены были всѣхъ этихъ человѣколюбивыхъ реформъ.

Римскому закону принадлежитъ также честь созданія тѣхъ юридическихъ мѣръ, которыя давали возможность незаконному дитяти выйти изъ своего безправія. Я понимаю узаконеніе.

Первое начало узаконенія появляется еще при Константинѣ Великомъ. При немъ существовало временно узаконеніе чрезъ послѣдующій бракъ (legitimatio per subsequens matrimonium). Со временъ Ѳеодосія было введено такъ называемое legitimatio per oblationem curiae, узаконеніе посредствомъ записки въ курію. Къ нему присоединилъ Юстиніанъ legitimatio per subsequens matrimonium, какъ постоянный институтъ, а также и legitimatio per rescriptum principis—узаконеніе чрезъ рескриптъ.

Мы не входимъ въ подробное разсмотрѣніе способовъ узаконенія, такъ какъ они, кромѣ legitimatio per oblationem curiae, построены на тѣхъ-же основаніяхъ, что и узаконенія дѣйствующихъ законодательствъ, къ изученію которыхъ мы перейдемъ ниже [1]).

---

[1]) При изложеніи ученія о незаконнорожденныхъ по римскому праву, въ дополненіе къ тексту закона, мы пользовались еще указанными выше

Digitized by Google

Каноническое право.

Конкубинатъ, введенный Августомъ, какъ политическая мѣра, привился къ жизни народа Римской Имперіи съ необыкновенной силой. Съ введеніемъ христіанства и съ распространеніемъ его вліянія, церковь взяла подъ свою опеку, главнымъ образомъ, институты семейственнаго права. Понятно, что прежде всего ея вліянію долженъ былъ подпасть конкубинатъ. Бракъ, въ глазахъ христіанской религіи, символъ союза Христа съ Церковью, не могъ терпѣть возлѣ себя учрежденія, которое было простымъ контрактомъ.

Однако церковь не сразу объявила войну конкубинату. Она понимала, что опасно итти на бой съ институтомъ, крѣпко вкоренившимся въ тогдашніе нравы. Оружіе направлено было прежде всего на клиръ, во 1-хъ, какъ на людей непосредственно подчиненныхъ церкви, и, во 2-хъ, по самому положенію своему, обязанныхъ, въ особенности, хранить чистоту нравственную. И вотъ идетъ цѣлый рядъ соборныхъ предписаній и папскихъ декреталій, гдѣ духовенству за конкубинатъ угрожается отнятіемъ бенефицій, лишеніемъ сана и другими болѣе строгими наказаніями.

Споренъ вопросъ, запрещала ли церковь конкубинатъ и мірянамъ или нѣтъ. Не входя въ подробное разсмотрѣніе полемики по сему предмету, исходнымъ пунктомъ которой служитъ обыкновенно одинъ изъ каноновъ Толедскаго собора (въ 589 г.) [1]), можно думать, что, если церковь открыто и не преслѣдовала живущихъ въ конкубинатѣ, то, во всякомъ случаѣ, смотрѣла на него неодобрительно, какъ на институтъ, прямо противорѣчащій смыслу Евангелія.

При всеобщей распространенности конкубината, понятно, что незаконныхъ дѣтей было не мало. При опредѣленіи положенія незаконнорожденныхъ, каноническое право исходило изъ слѣдующаго сообра-

---

сочиненіями: Koenigswarter'a, стр. 190—196. Mignonac'a, стр. 91—105 и Pillett'a Revue historique etc. 1865. Juillet—Août, p. 321—353.

[1]) Si quis non habet uxorem, et pro uxore concubinam habet, a communione non repellatur; tamen ut unius mulieris, aut uxoris, aut concubinae, sit conjunctione contentus. См. Morillot, p. 161, 162.

Digitized by Google

женія: незаконнорожденному должны быть даны средства къ жизни, какъ и законному дитяти, но незаконнорожденный, какъ происшедшій не отъ брака—этого единственнаго источника семьи—не можетъ пользоваться семейными правами.

Прежде всего каноническое право установило особое дѣленіе незаконнорожденныхъ на двѣ категоріи: на незаконнорожденныхъ въ собственномъ смыслѣ—родившихся ex soluto и soluta, т. е. отъ двухъ лицъ, которыя могли между собою заключить бракъ, и на незаконнорожденныхъ, происшедшихъ отъ лицъ, между которыми бракъ былъ невозможенъ. Эти незаконнорожденныя назывались nefarii или sacrilegi, смотря по тому, были ли онѣ плодомъ прелюбодѣянія или кровосмѣшенія, или связи духовнаго или монашествующаго лица.

Всѣ эти дѣти, безъ различія ихъ происхожденія, имѣли право на пропитаніе и притомъ могли требовать его не только отъ родителей, но и отъ наслѣдниковъ послѣднихъ.

За то всѣ онѣ были *лишены абсолютно всякаго участія въ наслѣдствѣ отца.* Нѣкоторые (d'Aguesseau) полагаютъ, что онѣ были исключены и отъ наслѣдованія послѣ матери. Ничего невѣроятнаго —духъ каноническаго права весьма соотвѣтствовалъ такому распоряженію.

Еще съ меньшею снисходительностью каноническое право относилось къ публичнымъ правамъ незаконнорожденныхъ. Начиная съ IX и X вѣковъ, ихъ перестали допускать къ священническому сану и церковнымъ должностямъ. Какъ на характеристическую особенность, можно указать на недозволеніе незаконнорожденнымъ пріобрѣтать степень доктора богословія.

На сколько было строго каноническое право, при опредѣленіи правъ незаконнорожденныхъ, на столько оно отличалось снисходительностью, при установленіи способовъ расширенія ихъ правоспособности. Такими способами были: 1) разрѣшеніе папы, 2) посвѣщеніе незаконнорожденнымъ себя религіозной жизни и 3) узаконеніе.

Два первые вида погашали capitis deminutio только въ публичныхъ правахъ, что касается указанныхъ выше ограниченій. Напротивъ узаконеніе было полнымъ надѣленіемъ правоспособностью. Оно практиковалось въ 2-хъ видахъ, установленныхъ еще римскимъ правомъ:

Digitized by Google

legitimatio per rescriptum principis и legitimatio per subsequens matrimonium.

Legitimatio per rescriptum могло узаконять всѣхъ незаконныхъ дѣтей, даже происшедшихъ ex damnato et nefario coitu; но дѣйствіе его было различно, смотря по тому, исходило ли оно отъ главы свѣтской или духовной власти: отъ короля или отъ папы. Въ первомъ случаѣ узаконеніе имѣло слѣдствіемъ сообщеніе незаконнорожденному гражданскихъ правъ, во второмъ—духовныхъ; впрочемъ, въ странахъ, гдѣ папа имѣлъ свѣтскую власть, и рескриптъ папы давался ad utrumque effectum, т. е. съ цѣлью сообщить узаконенному и гражданскія права.

Узаконеніе per subsequens matrimonium было ограничено лищь кругомъ дѣтей, рожденныхъ ex soluto et soluta, т. е. отъ лицъ, способныхъ заключить между собою бракъ, причемъ, по мнѣнію однихъ канонистовъ, эта способность должна относиться ко времени зачатія, какъ требуетъ декреталій (1172) Папы Александра XIII; другіе же увѣряютъ, что узаконеніе должно имѣть мѣсто и тогда, когда родители были свободны отъ брачныхъ узъ лишь во время рожденія дитяти, хотя во время зачатія бракъ и былъ невозможенъ между ними. Послѣдніе ссылаются въ этомъ случаѣ на авторитетъ римскаго права [1]). Несомнѣнно однако, что ни дѣти отъ прелюбодѣянія, ни дѣти отъ кровосмѣшенія узаконяемы быть не могли.

Сила узаконенія не была связана ни съ какимъ договорнымъ соглашеніемъ. Она наступала независимо отъ того, дали ли на узаконеніе свое согласіе родители или нѣтъ. Точно также не было надобности, чтобы на узаконеніе изъявляли свою волю дѣти: оно могло совершиться не только безъ участія ихъ воли, но даже противъ ея. Tanta vis est matrimonii ut qui antea sunt geniti post contractum matrimonium legitimi habeantur [2]).

Узаконенныя послѣдующимъ бракомъ приравниваются къ законнорожденнымъ, какъ что касается публичныхъ правъ (только санъ кардинала имъ былъ запрещенъ, начиная съ Сикста V), такъ и граждан-

---

[1]) Nov. 89, Cap. VIII.

[2]) Декреталій Папы Александра III, 1172 г. См. Mignonac. p. 146.

Digitized by Google

скихъ. Мало того, такъ какъ, по фикціи каноническаго права, дѣйствіе узаконенія относится къ моменту зачатія ребенка, то они пользовались и правами первородства [1]).

Законы Варваровъ.

Прежде чѣмъ юридическій бытъ новыхъ народовъ воспользовался плодами ученія римскаго и каноническаго правъ, ему суждено было пройти длинный путь испытаній въ вѣка варварства.

Мы остановимся хоть немного на такъ наз. „Законахъ Варваровъ", чтобы видѣть какіе фазисы проходилъ у нихъ вопросъ объ отчествѣ.

Начнемъ съ *Кельтовъ*.

О законодательствѣ кельтовъ, до покоренія ихъ римлянами, осталось очень мало свѣдѣній. Если вѣрить Цезарю, то въ его время практиковалась среди кельтовъ полигамія. Впрочемъ, судя по тѣмъ имущественнымъ вкладамъ, которыхъ требовало многоженство, можно думать, что оно было достояніемъ лишь знатныхъ—фактъ общій почти всѣмъ народамъ низшихъ степеней культуры.

Если отъ этой формы брака заключать къ положенію незаконнорожденныхъ, то можно думать, что участь ихъ не была тягостной; такъ какъ вездѣ, какъ мы до сихъ поръ видѣли, при полигамическомъ бракѣ, состояніе незаконнорожденныхъ удовлетворительно.

Гораздо больше сохранилось свѣдѣній о законодательствѣ и нравахъ *Германцевъ*. Кто не помнитъ, съ какой похвалой, можно сказать, съ увлеченіемъ, описываетъ чистоту нравовъ древнихъ германцевъ ихъ бытописатель Тацитъ. Кому неизвѣстны и тѣ драконовски жестокіе законы, которыми преслѣдовалось отступленіе отъ этой чистоты. За нарушеніе супружеской вѣрности женщинѣ обрѣзывали волосы и нагую, въ присутствіи родственниковъ, выгоняли изъ дома мужа, который сопровождалъ ее ударами кнута до предмѣстья. Понятно послѣ этого, какъ мало можно было ожидать снисхожденія для плода этихъ жестоко преслѣдуемыхъ связей, для незаконнорожденныхъ. Дѣйствительно, положеніе ихъ было самое печальное. Незаконнорожденный

---

[1]) Koenigswarter, p. 196—199. Morillot, p. 161—173. Mignonac p. 141—153.

Digitized by Google

разсматривался какъ человѣкъ совсѣмъ безродный; онъ не принадлежалъ ни къ семьѣ матери, ни къ семьѣ отца, а слѣдовательно и не имѣлъ никакихъ наслѣдственныхъ правъ послѣ родителей. Онъ состоялъ даже внѣ опеки семейной, внѣ mundium.

Между тѣмъ, случаи незаконнорожденности были далеко не рѣдки. Дѣло въ томъ, что для законнорожденности требовалось не только рожденіе въ бракѣ, но еще, чтобы этотъ бракъ былъ союзомъ двухъ равныхъ лицъ. Неравные браки у однихъ племенъ карались строгими уголовными наказаніями, у другихъ влекли за собою полное безправіе дѣтей отъ такихъ браковъ. Древніе *Саксонцы* казнили смертью человѣка, женившагося на женщинѣ высшаго класса, таже казнь у *Бургундцевъ* назначалась свободной, вышедшей за раба; а у *Фризовъ* она обрекалась на вѣчное рабство вмѣстѣ съ своими дѣтьми. По *Вестготскимъ* законамъ свободная, вступившая въ бракъ съ своимъ рабомъ, прежде всего подвергалась публично тѣлесному наказанію, вмѣстѣ съ своимъ мужемъ, а потомъ ихъ обоихъ сожигали. Дѣти, оставшіяся послѣ нихъ, не имѣли никакихъ наслѣдственныхъ правъ послѣ своихъ родителей. Если мужъ ея былъ рабомъ другаго, то ей назначалось только три раза по 100 ударовъ, и затѣмъ ее отправляли къ ея родителямъ. Въ случаѣ непринятія родителями, она поступала, вмѣстѣ съ дѣтьми, въ рабство господина ея мужа.

Тотъ же принципъ господствуетъ и у *Франковъ*, какъ *салическихъ*, такъ и *рипуарскихъ*. Бракъ свободнаго лица съ несвободнымъ влекъ за собою рабство для перваго и для дѣтей отъ этого брака. Вообще, относительно дѣтей кореннымъ правиломъ было, что, при разности общественныхъ классовъ родителей, generatio eorum ad inferiora declinetur.

На сколько строго относился народный бытъ къ этимъ неравнымъ бракамъ, можно судить по слѣдующему рипуарскому закону. Если родители свободной, вышедшей за несвободнаго, оспаривали ея бракъ, то король или графъ предлагалъ ей шпагу или веретено, предоставляя ей взять то или другое. Если она брала шпагу, то она должна была убить своего мужа, если же веретено, то она обрекала себя на рабство.

Отступленіе отъ изложенныхъ правилъ представляетъ только одинъ германскій народъ, и то на короткое время. Это *Ломбардцы*. Сначала и они приговаривали къ смерти свободную, вступившую въ бракъ съ

Digitized by Google

несвободнымъ, затѣмъ смерть была замѣнена рабствомъ для нея и для дѣтей, наконецъ, закономъ Ротара 643 г. незаконнорожденнымъ дано было право наслѣдовать послѣ ихъ отца, но лишь въ половинной долѣ. Эта аномалія объясняется вліяніемъ италіанскаго народонаселенія и его права на ломбардцевъ. Впрочемъ, законъ этотъ, какъ сказано, дѣйствовалъ лишь кратковременно.

На вопросъ, существовало ли *узаконеніе* у древнихъ германцевъ, надо отвѣтить—узаконенія, въ собственномъ смыслѣ, не существовало. Но практиковалось нѣчто въ родѣ узаконенія, какъ средство ввести незаконнорожденнаго въ семью его отца. Для этого были даже изобрѣтены особые символическіе обряды—отецъ бралъ своего незаконнаго сына къ себѣ на колѣни, или прикрывалъ его своимъ плащемъ, или надѣвалъ ему на ногу свой башмакъ.

Вообще, говоря о положеніи незаконнорожденныхъ у древнихъ германскихъ народовъ, можно опредѣлить его такими словами. Это положеніе было печальнымъ. Незаконнорожденный слѣдовалъ всегда положенію родителя низшаго происхожденія. En formariage le pire emporte le bon. Онъ не принадлежалъ къ семьѣ, а потому и не наслѣдовалъ своимъ родителямъ и родственникамъ. Послѣ его смерти имущество его переходило къ королю.

Это тягостное положеніе незаконнорожденнаго, подъ вліяніемъ христіанства и римскаго права, стало измѣняться къ лучшему. Такъ въ одномъ изъ законовъ позднѣйшаго времени [1]), мы находимъ правило, которымъ дозволялось отцу, при отсутствіи законныхъ нисходящихъ, оставлять свое имущество незаконнымъ дѣтямъ.

Кромѣ того, изложенныя выше постановленія о незаконнорожденныхъ не распространялись на незаконныхъ дѣтей королей и принцевъ. Онѣ вполнѣ приравнивались къ законнымъ дѣтямъ своего отца [2]).

---

[1]) La formule 52 de l'Appendice de Marculfe. См. Morillot. De la condition des enfants nés hors de mariage dans l'antiquité et au moyen âge. Revue historique de droit français et etranger. 1866. Mars—avril.

[2]) Фактъ не единственный въ исторіи. У насъ незаконнорожденныя дѣти князей были нерѣдко наслѣдниками престола.

Digitized by Google

Незаконнорожденныя у германцевъ въ средніе вѣка.

Положеніе незаконнорожденныхъ у германцевъ и въ *средневѣковое время* улучшилось далеко не сразу. И здѣсь, вначалѣ, мы видимъ полное господство прежнихъ принциповъ—преслѣдованіе и отрицаніе неравныхъ браковъ и безправіе незаконнорожденныхъ. Въ капитуляріяхъ не разъ встрѣчаются постановленія, по которымъ свободное лицо, вступившее въ бракъ съ несвободнымъ, само становилось рабомъ.

По такъ называемому Jus Provinciale Allemanicum, (особое изданіе Швабскаго Зеркала) свободная женщина, вышедшая за раба, обезглавливается, а рабъ сожигается. Рядомъ съ симъ, дѣти отъ этихъ браковъ слѣдуютъ старинному принципу: das Kind tritt zur ärgeren Hand, то есть: дитя принадлежитъ къ классу родителя низшаго по происхожденію.

Общественное положеніе незаконнорожденныхъ было самое печальное. Königswarter сравниваетъ ихъ съ особымъ классомъ несвободныхъ, которые назывались Unfreie, Hörige. Незаконнорожденныя лишены были всѣхъ политическихъ правъ: они не могли быть судьями, шöффенами, свидѣтелями, а также имъ не дозволялось присягать и драться на судебномъ поединкѣ.

Какъ крѣпко вкоренилось въ нравы германцевъ убѣжденіе о безправіи незаконнорожденныхъ, можно судить по тому, что еще въ 1731 году мы находимъ постановленіе имперскаго сейма, предписывающее не дѣлать различія между законнорожденными и незаконнорожденными, при допущеніи послѣднихъ къ разнымъ должностямъ и ремесламъ.

Упорнѣе всѣхъ отстаивалъ эти жестокія правила благородный классъ, надѣясь этимъ предохранить себя отъ неравныхъ браковъ и сберечь, такимъ образомъ, чистоту крови. Однако жизнь брала свое, и благородная кровь часто мутилась отъ прилива къ ней нечистой крови низшихъ классовъ. Дѣло было поправлено изобрѣтеніемъ, такъ называемаго, *морганатическаго брака* или брака съ лѣвой руки. (Morganatische Ehe oder Ehe zur linken Hand, matrimonium ad morganaticum sive ad legem Salicam). [1]).

---

[1]) Названіе **Morganatische** отъ **Morgengabe**—дара, составлявшаго необходимую принадлежность этого брака, а **Ehe zur Linken Hand** отъ обычая при вѣнчаніи давать лѣвую руку вмѣсто правой.

Digitized by Google

Это было учрежденіе, весьма напоминавшее римскій конкубинатъ. Союзъ былъ вполнѣ законенъ, только не влекъ за собою всѣхъ послѣдствій нормальнаго брака. Жена не раздѣляла общественнаго положенія мужа, а дѣти имѣли право лишь на то, что для нихъ было назначено въ брачномъ договорѣ; впрочемъ, при отсутствіи дѣтей отъ законнаго брака (разумѣется прежняго, ибо морганатическій бракъ не могъ терпѣть рядомъ съ собой другаго брака), онѣ могли наслѣдовать и во всемъ имуществѣ отца, кромѣ леновъ.

Улучшеніемъ своей судьбы незаконнорожденныя обязаны вліянію римскаго права, начавшаго практиковаться въ Германіи съ XVI столѣтія,—такъ что въ странахъ, гдѣ позже или меньше возъимѣло вліянія римское право, тамъ участь незаконнорожденныхъ была, по прежнему, печальной, и наоборотъ, гдѣ римское право вводилось быстрѣе и полнѣе, тамъ безправіе незаконнорожденныхъ смягчалось. Такъ по постановленіямъ Саксонскаго и Швабскаго Зеркалъ, незаконнорожденныя разсматриваются, какъ вполнѣ rechtlos—никакихъ семейныхъ, никакихъ наслѣдственныхъ правъ послѣ своихъ родителей, равно и родственниковъ послѣднихъ, онѣ не имѣютъ [1]). Только по дару, и то при жизни отца, могъ незаконнорожденный получить что либо [2]). Но дѣти отъ прелюбодѣянія и этими правами не пользовались [3]).

Подобныя же постановленія находятся въ обычномъ правѣ Люнебурга, и въ статутахъ городовъ Кульма, Любека и Ростока. Напротивъ, въ преобразованномъ Саксонскомъ Зеркалѣ, въ обычномъ правѣ Франконіи и въ статутахъ многихъ городовъ: какъ Колмаръ, Саарбрюкенъ, Кёльнъ, господствовали принципы римскаго права и, слѣдовательно, незаконнорожденныя имѣли право наслѣдованія послѣ своей матери. Наконецъ, въ большей части другихъ нѣмецкихъ земель, былъ усвоенъ юстиніановскій законъ въ разсмотрѣнныхъ нами выше Новеллахъ.

Въ средніе же вѣка мы находимъ въ силѣ, такъ называемый, Bastardenfall, то есть право короля на имущество безпотомно умершаго не-

---

[1]) Der Sachsenspiegel nach der ältesten Leipziger Handschrift herausgegeben von Prof. Dr. Julius Weiske, Leipzig. 1877. B. I. A. 51. § 1 и 2.

[2]) Schwabenspiegel. C. 377.

[3]) Ibid.

Digitized by Google

законнорожденнаго. Съ XVI вѣка это право исчезаетъ. Короли отказываются отъ него.

Мы видѣли, что уже въ предшествовавшій періодъ у германцевъ, практиковались нѣкоторые обычаи съ цѣлью приблизить незаконнорожденнаго къ семьѣ; но они никогда не доходили до полнаго приравненія незаконнорожденнаго къ законному дитяти. Это слишкомъ противорѣчило традиціямъ германскимъ. Вотъ почему римская legitimatio была однимъ изъ институтовъ, который прививался къ германцамъ необыкновенно туго. Зеркала абсолютно отрицали ее. Мы будемъ еще имѣть случай остановиться ниже на постановленіяхъ объ этомъ предметѣ, когда будемъ говорить объ узаконеніи въ Саксоніи. Теперь замѣтимъ только, что узаконеніе чрезъ рескриптъ получило полное распространеніе въ Германіи лишь со времени Карла VI, а узаконеніе чрезъ послѣдующій бракъ съ XVI столѣтія [1]).

Французское обычное право.

Древнегерманскій взглядъ на незаконнорожденнаго, какъ на человѣка чуждаго не только семьѣ, но и лишеннаго правъ свободы, продолжалъ господствовать въ первое время и въ *французскомъ обычномъ правѣ*. Незаконнорожденный, по прежнему, остается рабомъ, по прежнему, подчиненъ, такъ называемому, formariage т. е. обязанъ испрашивать у короля или сеньёра разрѣшенія на бракъ съ лицемъ неравнаго общественнаго положенія, подъ страхомъ конфискаціи $^1/_3$ своего имущества, по прежнему, плотитъ онъ, какъ и прочіе рабы, ежегодно droit de chevage. Мало того, постановленіями Гугона Капеты и незаконнорожденныя членовъ королевскаго дома, прежде пользовавшіяся исключительными правами, были лишены ихъ: онѣ не принадлежали болѣе къ королевскому семейству, не могли наслѣдовать престола и т. д.

Понятно, что, при такомъ принципіальномъ воззрѣніи на незаконнорожденнаго, мало могло быть рѣчи о его гражданскихъ правахъ. Общимъ правиломъ было: незаконнорожденный не *наслѣдуетъ* своимъ родителямъ. Если и существовали рѣдкія уклоненія отъ этого правила,

---

[1]) Koenigswarter, 472—481. Morillot, 529—533.

Digitized by Google

то онѣ были или случайнымъ явленіемъ, или наноснымъ, не имѣвшимъ общей практической силы. Таковы, между прочимъ, и правила такъ называемыхъ „Assises de Jerusalem (1173 г.), дававшія незаконнорожденнымъ право наслѣдованія послѣ матери, право, навѣянное римскими законами. Этому принципу exheredatio осталось вѣрнымъ все право французскихъ кутюмовъ до и послѣ ихъ редакціи. Впрочемъ, такое лишеніе незаконнорожденнаго наслѣдственныхъ правъ было абсолютнымъ, лишь что касается родителей и ихъ родственниковъ. Если незаконнорожденный вступалъ въ законный бракъ, то онъ могъ наслѣдовать своимъ дѣтямъ и своему супругу.

Болѣе счастливы были незаконнорожденныя относительно, такъ называемыхъ, *liberalités*—дарственныхъ способовъ пріобрѣтенія имущества отъ своихъ родителей. Такъ въ упомянутыхъ Ассизахъ отцу дозволяется отдать все имущество своимъ незаконнымъ дѣтямъ, если не было въ живыхъ ни законныхъ дѣтей, ни отца, ни матери дарителя; при жизни же сихъ лицъ, право отца было ограничено ихъ согласіемъ Въ этой оговоркѣ видитъ справедливо Morillot смѣсь тенденцій римскаго и варварскихъ законовъ.

Впослѣдствіи времени, съ редакціей кутюмовъ (1453 г.), и эти права незаконнорожденныхъ стали подвергаться ограниченіямъ. Начали опасаться, чтобы отъ этого не страдали интересы законныхъ членовъ семьи.

Отсюда разнообразныя ограниченія родителей въ своихъ liberalités по отношенію къ ихъ незаконнымъ дѣтямъ. Одни кутюмы—(d'Anjou и Maine) запрещаютъ отцу завѣщать, но дозволяютъ дарить въ пользу своихъ незаконныхъ дѣтей, другіе даютъ право надѣлять незаконныхъ дѣтей движимостью неограниченно, а недвижимостью лишь въ части, и то въ пользованіе (Tours) и т. п.

Всѣ эти ограниченія вытекаютъ изъ сейчасъ указанной причины. Поэтому, гдѣ ея не существовало, то есть тамъ, гдѣ не было законныхъ родственниковъ, тамъ незаконнорожденныя могли быть даже legataires universels. Этого права, т. е. быть legataires universels, незаконнорожденныя лишаются послѣ, а именно въ такомъ духѣ начинаются постановленія парламентовъ съ 1656 года.

Указанныя ограниченія въ распоряженіяхъ имѣли мѣсто лишь въ отношеніи незаконнорожденныхъ къ ихъ родителямъ; отъ родственниковъ же послѣднихъ, какъ отъ лицъ совершенно имъ чуждыхъ de

Digitized by Google

jure онѣ получали даромъ или по завѣщанію неограниченно.

Общее убѣжденіе французскихъ правоучителей (какъ Loysel, Pothier), что правило каноническаго права объ *алиментарной обязанности* родителей, въ отношеніи незаконныхъ дѣтей (и при томъ всѣхъ родовъ), а слѣдовательно и право розыскивать отца для сей цѣли, было общепризнаннымъ во время кутюмовъ. Ясный текстъ на это сохранился, впрочемъ, только въ одномъ кутюмѣ Бретоніи.

Таковы были права незаконнорожденныхъ по отношенію къ другимъ лицамъ. Посмотримъ теперь, на сколько свободно располагали незаконнорожденныя *своими* правами. Еще въ Etablissement de Saint Louis незаконнорожденнымъ было дано право aumôner des meubles par testament т. е. распоряжаться завѣщательно своею движимостью. Въ этомъ смыслѣ встрѣчаются и постановленія практики изъ XIII столѣтія, а кутюмы, за немногими исключеніями, дозволяютъ незаконнорожденнымъ дарить и завѣщать вполнѣ свободно. Самыя исключенія касались мѣры, а не права завѣщать. Такъ одни кутюмы дозволяли распоряжаться только движимостью, другіе $^1/_3$ недвижимости, третьи $^1/_3$ всего имущества и т. п.

Но самому бо́льшему и продолжительному стѣсненію подвергался наслѣдственный переходъ по закону имущества незаконнорожденнаго. Этимъ стѣсненіемъ обязаны незаконнорожденныя, такъ называемому, *droit de batardise*. Возникшее сначала изъ необходимости защиты незаконнорожденнаго, какъ лица непринадлежавшаго къ семьѣ, оно стало впослѣдствіи тяжелымъ ограниченіемъ его правъ. Въ силу droit de batardise, все имущество послѣ незаконнорожденнаго переходило не къ его кровнымъ наслѣдникамъ, а къ лицу, которому дано было это право. Только позже, съ отмѣной рабства надъ незаконнорожденными (съ Людовика IX), этимъ правомъ держатели его должны были поступиться въ пользу потомства незаконнорожденнаго и его супруги (послѣдней только пожизненно, и то лишь долей движимости). При отсутствіи же этихъ лицъ, имущество незаконнорожденнаго переходило не къ другимъ его родственникамъ, а къ имѣвшему droit de batardise. Это правило сохранилось и въ кутюмахъ.

Что касается вопроса, кому принадлежало droit de batardise, то, по преобладающему мнѣнію (d'Agesseau, Morillot, Mignonac), имъ сначала пользовались сеньёры и только съ Людовика Св. оно было объявлено королевскимъ, и то лишь на земляхъ непосредственно королю

Digitized by Google

подчиненныхъ, въ остальныхъ же оно принадлежало сеньёрамъ—hauts justiciers,— на земляхъ которыхъ умиралъ незаконнорожденный. Преемники Людовика IX (Philippe Le long и Charles VII) продолжали ограничивать это право сеньёровъ, и только съ XVI вѣка оно стало исключительно королевскимъ, кромѣ случаевъ, когда незаконнорожденный родился, жилъ и умиралъ на землѣ сеньёра.

Что касается *публичныхъ* правъ незаконнорожденныхъ, то, въ разсматриваемое нами время, они значительно улучшились. Сначала, какъ мы указывали, незаконнорожденныя были рабами. Въ это время не могло быть и рѣчи объ ихъ публичныхъ правахъ. Честь снятія съ нихъ рабства принадлежитъ Людовику Святому. Однако, и послѣ освобожденія, незаконнорожденныя не сразу стали пользоваться государственными правами: онѣ не могли быть выбираемы въ меры и другія почетныя должности; мало того, онѣ не могли быть даже свидѣтелями. Только съ XV стол. ихъ стали допускать ко всѣмъ публичнымъ должностямъ и званіямъ.

Въ заключеніе нѣсколько словъ объ *узаконеніи*. Узаконеніе чрезъ послѣдующій бракъ практиковалось уже въ XIII столѣтіи. Оно было построено на началахъ каноническаго права; поэтому допускалось лишь для рожденныхъ ex saluto et soluta. (Причемъ моментомъ рѣшающимъ принималось время зачатія ребенка, а слѣдовательно узаконеніе было недоступно ни для дѣтей отъ прелюбодѣянія, ни отъ кровосмѣшенія). Дѣйствіе этого узаконенія было самое полное—до безусловнаго приравненія узаконеннаго къ законнорожденному и даже до права первородства. Только наслѣдовать въ fiefs не могли даже и узаконенныя бракомъ.

Узаконеніе чрезъ рескриптъ, начало котораго относится къ XIV вѣку, не пользовалось той силой, какая присвоивалось браку. Оно имѣло, такимъ образомъ, значеніе акта, снимающаго безчестіе. Имущественныя права, имъ пріобрѣтаемыя, ограничивались правомъ получать отъ родителей legs universels. Наслѣдовать же узаконенныя рескриптомъ могли лишь тогда, когда на то были согласны родители или другіе родственники и объ этомъ было положительно сказано въ актѣ узаконенія. Это узаконеніе было доступно для всѣхъ родовъ незаконнорожденныхъ, слѣдовательно, и для adulterins et incestueux [1]).

---

[1]) Königsworter, p. 491—500. Mignonac, p. 168—191. Morillot, p. 363—391.

Digitized by Google

Законы французской революціи.

Таково было положеніе незаконнорожденныхъ до временъ французской революціи. Этотъ великій переворотъ, поставившій во главу угла своего права человѣка, естественно долженъ былъ отозваться благодѣтельно на судьбѣ незаконнорожденныхъ Первымъ его дѣломъ была отмѣна droit de batardise (13—20 avril. 1719 г.), несправедливѣйшаго учрежденія средневѣковаго времени. Затѣмъ закономъ 12 Брюмера II года незаконнорожденнымъ даны были такія же наслѣдственныя права, какъ и законнымъ дѣтямъ, притомъ не только послѣ родителей, но и ихъ боковыхъ родственниковъ, съ правомъ представленія для дѣтей незаконнорожденнаго (art. 2, 9, 16), ибо, говорилъ Cambacérès, при обсужденіи этого закона dans un gouvernement basé sur la liberté, les individus ne peuvent être victimes des fautes de leur père, l'exheredation est la peine des grands crimes. L'enfant qui nait en a-t-il commis? Et si le mariage est une institution precieuse, son empire ne peut s'etendre jusqu'à la destruction de l'homme et des droits de citoyen [1]).

Чтобы пользоваться указанными правами, незаконнорожденный долженъ былъ доказать свое possession d'état, для чего необходимо было предоставить публичные или частные документы отца или же, какъ говоритъ законъ, de la suite des soins donnés à titre de paternité et sans interruption, tant à leur entretien, qu'a leur, education (8). Всѣмъ этимъ распоряженіямъ дана была обратная сила.

Однако переворотъ былъ слишкомъ рѣзокъ, чтобы онъ могъ войти въ жизнь. Кассаціонный судъ отказывался признавать за незаконнорожденными тѣ права, которыя имъ были даны закономъ 12 Брюмера, II года. Это мнѣніе суда основывалось, между прочимъ, на 10 статьѣ закона, говорившей, что права незаконныхъ дѣтей, родители которыхъ, будутъ еще живы, при изданіи кодекса, будутъ регулироваться кодексомъ.

Такимъ образомъ, по справедливому выраженію Baret, революціонное законодательство оставило незаконныхъ дѣтей en suspens [2]).

---

[1]) См. Emile Acollas, L'Enfaut né hors mariage, p. 131, et suiv.

[2]) Koenigswarter, p. 500—504, Mignonac. p. 195—205. Baret, Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle (cet ouvrage a obtenu, en 1869, le 1-er prix Beaumont), p. 55—66.

Digitized by Google

Въ заключеніе историческаго очерка французскаго законодательства скажемъ еще нѣсколько словъ *о доказательствахъ незаконнаго сыновства* [1]).

Свѣдѣнія объ этомъ предметѣ вообще весьма скудны и спеціальный изслѣдователь по этому вопросу (Baret) не находитъ возможнымъ слѣдить ходъ его развитія шагъ за шагомъ, а излагаетъ лишь конечный результатъ выработавшихся исторически правилъ доказательства filiation naturelle.

Древнѣйшій, сохранившійся законодательный памятникъ, упоминающій о незаконномъ сыновствѣ, есть ордонансъ Генриха II. Въ этомъ ордонансѣ говорится: всякая женщина, изобличенная въ сокрытіи беременности и рожденіи дитяти, а равно въ томъ, что послѣднее умерло, не будучи удостоено ни крещенія, ни погребенія, признается дѣтоубійцей и подвергается смертной казни.

Хотя, конечно, цѣль этого ордонанса была препятствовать совершенію дѣтоубійствъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ устанавливалъ новый способъ констатированія незаконнаго сыновства—посредствомъ объявленія о беременности или родахъ. Такое объявленіе дѣлалось обыкновенно предъ полицейскимъ чиновникомъ или судьей.

Ордонансъ этотъ, слишкомъ мало расчитанный на женскую стыдливость, исполнялся плохо. Приходилось по нѣсколько разъ повторять его и всетаки безполезно. Нѣкоторые суды, боясь оказаться неисполнительными, примѣняли ордонансъ посвоему. Они велѣли свидѣтельствовать дѣвушекъ, которыхъ подозрѣвали беременными.

За недостаткомъ дальнѣйшихъ законодательныхъ свѣдѣній, мы перейдемъ къ разсмотрѣнію практики въ нашемъ вопросѣ.

Уже издавна незаконное сыновство доказывалось извѣстными теперь тремя способами: признаніемъ, пользованіемъ правами и судебными доказательствами.

---

[1]) Такъ мы позволяемъ себѣ переводить французское слово »filiation«, терминъ, для котораго нѣмцы употребляютъ слово *Kindschaft*, италіанцы—filiazione, а мы вовсе не имѣемъ слова; а между тѣмъ, ничего нѣтъ тяжелѣе какъ пользоваться длинными описательными выраженіями тамъ, гдѣ другіе обходятся однимъ словомъ. Если кто-нибудь найдетъ наше нововведеніе неудачнымъ, то мы будемъ очень рады, если своей попыткой наведемъ другихъ на мысль придумать что-либо болѣе удачное.

Digitized by Google

Признаніе имѣло силу, не только выраженное въ публичной формѣ на судѣ, но и въ видѣ, частнаго акта. Болѣе того—довольствовались даже словеснымъ признаніемъ.

Точно также есть положительныя свидѣтельства (какъ напримѣръ Arrêt du 21 août 1626 [1]), что пользованіе правами (possession d'état) всегда было несомнѣннымъ способомъ доказательства незаконнаго сыновства.

Опредѣленіе paternité и maternité при посредствѣ судебныхъ доказательствъ. Розысканіе родителей.

Розысканіе матери дѣлалось тѣми же способами, что и теперь, поэтому мы на немъ останавливаться не будемъ.

Розысканіе отца было, напротивъ, построено на началахъ отличныхъ отъ нынѣ дѣйствующихъ и состояло въ слѣдующемъ. Процессъ объ отчествѣ распадался на двѣ, хотя и связанныя между собою, но имѣвшія различную судьбу, части: на рѣшеніе предварительное (le provisoire) и на рѣшеніе окончательное (le fond).

Предварительное рѣшеніе состояло въ постановленіи суда, которымъ назначалась опредѣленная сумма матери, въ возмѣщеніе, понесенныхъ ею, издержекъ на роды, а также опредѣленное содержаніе дитяти.

Та и другая сумма, установить мѣру которыхъ было дѣломъ усмотрѣнія суда, назначалась по простому заявленію беременной, въ силу установившагося въ практикѣ принципа—virgini praegnanti creditur.

Правило это оправдывалось, съ одной стороны, неотложностью издержекъ на роды и нужды новорожденнаго; а съ другой, потребностью освободить кассу общинъ отъ излишнихъ выдачъ.

Но рѣшеніе объ издержкахъ на роды и на первое содержаніе ребенка, какъ сказано, имѣло значеніе лишь временное. Послѣ него слѣдовалъ еще процессъ au fond, который требовалъ другихъ доказательствъ и судьба котораго совершенно не зависѣла отъ перваго судебнаго постановленія. Этотъ процессъ au fond заключался въ опредѣленіи отчества дитяти. Причемъ для того, чтобы доказать, что извѣстный мужчина есть отецъ родившагося ребенка требовалось доказать, во первыхъ, что онъ имѣлъ половое сношеніе съ женщиной—ма-

---

[1]) См. Baret, p. 5, n. 3.

Digitized by Google

терью въ эпоху, соотвѣтствующую зачатію дитяти; во вторыхъ, что только онъ одинъ имѣлъ это сношеніе. Но такъ какъ доказать второе было въ высшей степени трудно, то оно обыкновенно предполагалось доказаннымъ, пока не было опровергнуто противной стороной.

Доказательства въ этомъ процессѣ могли быть трехъ родовъ:

1) *Письменныя*—разнаго рода документы и частныя письма, указывающія или на интимное отношеніе, въ періодъ зачатія ребенка, между предполагаемымъ отцомъ и матерью, или же на заботы перваго о родившемся, какъ о сынѣ.

2) *Фактическія* доказательства, напримѣръ, доказанная близость между матерью родившагося и предполагаемымъ отцомъ, близость, наводящая на мысль о возможности половой связи между ними.

3) *Доказательства естественныя*: поразительное сходство членовъ тѣла дитяти съ членами тѣла предполагаемаго отца (напр. сходство двухъ пальцевъ руки. Arrêt de juin 1690 [1]).

На основаніи совокупности всѣхъ этихъ доказательствъ постановлялось окончательное рѣшеніе объ отчествѣ. Только въ одномъ случаѣ практиковалось отступленіе отъ изложенныхъ правилъ и принципъ virgini praegnanti creditur примѣнялся и къ рѣшенію au fond. Это тогда, когда начинала искъ противъ своего хозяина служанка, забеременѣвшая въ періодъ проживанія у него въ домѣ. Хозяинъ въ семъ случаѣ всегда считался виновникомъ беременности, до доказательства, что обвинительница имѣла сношеніе и съ другими мужчинами, кромѣ него. Впрочемъ, это исключеніе, многократно порицавшееся еще въ періодъ существованія его, практиковалось недолго [2]).

---

[1]) См. Baret, p. 18.

[2]) Baret, p. 1—21.

Digitized by Google

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Положеніе незаконнорожденныхъ по Саксонскому Гражданскому Кодексу.

Предварительныя замѣчанія.

Современныя намъ европейскія законодательства въ вопросѣ о незаконнорожденныхъ распадаются на двѣ группы: на группу законодательствъ, слѣдующихъ системѣ каноническаго права и на группу законодательствъ, придерживающихся принципа римскаго права.

Законодательства первой группы (саксонское, австрійское, прусское, баварское, виртембергское, англійское и законодательства слѣдующихъ кантоновъ Швейцаріи: Люцерна, Ури, Нидвальдена, Обвальдена, Гларуса, Аппенцель-Иннеръ-Родена, Фрейбурга и Валлиса) исходнымъ пунктомъ въ рѣшеніи вопроса о незаконнорожденныхъ признаютъ права ихъ на содержаніе отъ отца. Отсюда право незаконнорожденнаго, при отсутствіи добровольнаго признанія его отцомъ, розыскивать послѣдняго судебнымъ порядкомъ (Paternitätsgrundsatz).

Законодательства второй группы (французское, бельгійское, италіанское, баденское, голландское, кодексъ Іоническихъ острововъ, законодательства слѣдующихъ кантоновъ Швейцаріи: Женевы, Нейчбурга, Тессина, Швица, Цуга, Граубиндена, Галлена, Аппенцель-Аусcеръ-Родена, Тургау, Цюриха, Шаффгаузена, Базеля, Ааргау, Солотурна, Ваадта, нашъ Сводъ Законовъ и наше Гражданское Уложеніе 1825 г., изданное для Царства Польскаго), напротивъ, отправляются отъ того положенія, что только бракъ есть звено, связующее юридически родителей и дѣтей, что

Digitized by Google

внѣ брака дитя совершенно чуждо отцу, и что, слѣдовательно, никакихъ правъ по отношенію къ послѣднему оно не имѣетъ. Только добровольнымъ признаніемъ отецъ можетъ дать своему незаконному дитяти опредѣленное юридическое положеніе въ семьѣ, хотя это признаніе вовсе не уравниваетъ незаконнорожденнаго съ законными дѣтьми признавшаго. Законъ, такимъ образомъ, допускаетъ ipso jure связь незаконнорожденнаго лишь съ его матерью (Maternitätsgrundsatz).

Мы для своего изслѣдованія, какъ показываетъ заглавіе, выбираемъ изъ каждой группы по одному законодательству; именно изъ первой группы—саксонскій кодексъ, а изъ второй—французскій.

Саксонское законодательство представляетъ для насъ интересъ большой важности не только какъ примѣръ самаго послѣдовательнаго осуществленія принципа каноническаго права въ современныхъ законодательствахъ, но еще и по другимъ причинамъ. Дѣйствующія законоположенія Саксоніи о незаконнорожденныхъ представляютъ изъ себя продуктъ историческаго опыта. Въ прежнее время въ саксонскомъ законодательствѣ вопросъ о незаконнорожденныхъ рѣшался въ духѣ совершенно противоположнаго принципа. Кромѣ того въ настоящемъ саксонскомъ законодательствѣ мы находимъ рѣшеніе нашего вопроса въ ближайшее къ намъ время [1]) и притомъ рѣшеніе, предпринятое при участіи лучшихъ цивилистовъ нашего времени [2]). Все это вмѣстѣ, намъ кажется, приводитъ къ заключенію, что выборъ для изслѣдованія саксонскаго, а не другаго нѣмецкаго кодекса, оправдывается достаточными основаніями. Наше изученіе текста саксонскаго кодекса, мы начнемъ съ установленія отдѣловъ, подлежащихъ нашему разсмотрѣнію.

Отношенія между родителями и дѣтьми законными слагаются изъ двухъ видовъ: изъ отношеній личныхъ и отношеній имущественныхъ. Отношенія личныя заключаются въ такъ называемой отеческой власти [3]).

---

[1]) Кодексъ обнародованъ 2 января 1863 г.

[2]) См. Der revidirte Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen, kritisch besprochen von Dr. J. Unger.

[3]) Всѣ важнѣйшія западноевропейскіе кодексы, говоря объ отношеніяхъ между родителями и дѣтьми, даютъ соотвѣтственной главѣ названіе объ отеческой власти (такъ нѣмецкія кодексы, а въ томъ числѣ и саксонскій, имѣютъ надъ главою надпись—Väterliche Gewalt, такъ Code Civil—озаглавливаетъ—De la puissance paternelle, такъ въ италіанскомъ Codice Ci-

Digitized by Google

Эта власть, въ существѣ, заключаетъ въ себѣ обязанность родителей воспитать дѣтей, дать имъ образованіе и вообще пристроить къ самостоятельной жизни. Со стороны дѣтей, для выполненія этой обязанности родителей, она предполагаетъ подчиненіе и послушаніе, за нарушеніе которыхъ родителямъ предоставляется право даже употреблять дисциплинарныя мѣры противъ своихъ дѣтей [1]).

Отношенія имущественныя заключаются обыкновенно во взаимныхъ наслѣдственныхъ правахъ родителей и дѣтей, причемъ родители, въ нѣкоторыхъ законодательствахъ, ограничены, въ пользу дѣтей, въ правѣ свободно распоряжаться на случай смерти извѣстною частью своего имущества.

Отношенія между родителями и дѣтьми незаконными имѣютъ только неполную аналогію съ отношеніями между родителями и дѣтьми законными. Обыкновенно отцу не предоставляется отеческой власти надъ его незаконными дѣтьми даже тамъ, гдѣ господствуетъ принципъ Paternität'a. Законъ опасается, что власть эта, по своей природѣ неограниченная, въ рукахъ человѣка, который, большею частью, неохотно признаетъ себя отцомъ ребенка, не будетъ благодѣтельной для этого послѣдняго. Отсюда и всѣ отношенія, вытекающія изъ этой власти для незаконнорожденныхъ не существуютъ. Эта власть принадлежитъ только матери и ее она дѣлитъ съ опекуномъ, который всегда назначается малолѣтнему незаконнорожденному. Отношенія между незаконнымъ отцомъ и его ребенкомъ ограничиваются, слѣдовательно, лишь тѣмъ или другимъ родомъ обязанностей, налагаемыхъ на отца,—главнымъ же образомъ обязанностью послѣдняго участвовать въ содержаніи своего незаконнаго ребенка—и наслѣдственными правами, на сколько эти права допускаются закономъ [2]).

---

vile читаемъ—Della patria podestà), но въ этомъ видна лишь традиція римскаго права, такъ какъ въ настоящее время власть принадлежитъ не отцу, а обоимъ родителямъ вмѣстѣ. Замѣчательно, что въ семъ случаѣ нашъ Сводъ вполнѣ вѣрно смотритъ на дѣло, озаглавливая трактатъ—о власти родительской.

[1]) Нѣкоторыя законодательства, въ томъ числѣ саксонское, въ силу этой власти, предоставляютъ еще отцу право управленія и пользованія дѣтскимъ имуществомъ.

[2]) Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. Ст. 1866 и слѣд.

Digitized by Google

Такимъ образомъ, въ ученіи о незаконнорожденныхъ есть два главныхъ вопроса: вопросъ объ алиментахъ, т. е. объ обязанности родителей содержать своихъ незаконныхъ дѣтей, и вопросъ о взаимныхъ наслѣдственныхъ правахъ тѣхъ и другихъ.

Кромѣ дѣтей незаконныхъ, въ строгомъ смыслѣ, всѣ новыя законодательства говорятъ еще объ узаконенныхъ дѣтяхъ, т. е. незаконныхъ, получившихъ, въ силу извѣстныхъ юридическихъ актовъ, большее или меньшее количество правъ дѣтей законныхъ, а въ нѣкоторыхъ германскихъ кодексахъ, въ томъ числѣ и саксонскомъ существуютъ особыя постановленія о такъ называемыхъ дѣтяхъ невѣсты (Brautkinder). Разсмотрѣніе правъ этихъ двухъ послѣднихъ видовъ незаконныхъ дѣтей, по всѣмъ основаніямъ, должно тоже имѣть мѣсто, при изслѣдованіи вопроса о незаконнорожденныхъ.

Итакъ весь матеріалъ трактата о незаконнорожденныхъ представляетъ, такимъ образомъ, слѣдующія рубрики: алиментарная обязанность родителей незаконнорожденнаго, наслѣдственныя права незаконнорожденныхъ, узаконенныя дѣти и дѣти невѣсты. Въ этомъ порядкѣ мы и разсмотримъ вопросъ о незаконнорожденныхъ по саксонскому законодательству.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Обязанность содержанія незаконнорожденнаго дитяти его отцомъ. (Алиментарная обязанность, Alimentationspflicht).

Въ теоріи существуютъ два различныхъ принципа, на основаніи которыхъ на незаконнаго отца возлагается обязанность участія въ содержаніи его незаконнаго ребенка: принципъ проступка или деликта и принципъ родственной связи или отчества.

По мнѣнію однихъ, отецъ незаконнаго дитяти долженъ потому доставлять послѣднему содержаніе, что фактъ внѣбрачнаго совокупленія, отъ котораго произошелъ ребенокъ, есть проступокъ предъ лицомъ закона. За проступокъ же долженъ нести отвѣтственность совершившій его, а такъ какъ эта отвѣтственность, въ числѣ другихъ своихъ послѣдствій (какъ-то: такъ называемаго удовлетворенія (satisfactio) [1]), уголов-

[1]) О томъ, что такое satisfactio см. ниже.

Digitized by Google

наго наказанія), заключается въ доставленіи средствъ незаконнорожденному, та забота объ изысканіи этихъ средствъ и должна быть возложена на преступника, т. е. на отца.

Другіе исходятъ изъ другой точки зрѣнія. Они говорятъ, что фактъ рожденія (Zeugung) устанавливаетъ родственную связь между родителемъ и родившимся, что эта связь, хотя и не имѣетъ той силы предъ закономъ, какъ связь между законными родителями и дѣтьми, достаточно однако для того, чтобы возложить на отца обязанность нести издержки по содержанію ребенка [1]).

Кромѣ этой стороны, которую можно назвать теоретической, въ вопросѣ объ участіи незаконнаго отца въ содержаніи своего ребенка, есть еще другая практическая сторона: отецъ можетъ быть привлеченъ къ содержанію своего незаконнаго дитяти или въ самомъ широкомъ смыслѣ этого слова: на него можетъ быть возложена обязанность вскормить, воспитать и вообще пристроить незаконнорожденнаго, или же эта обязанность можетъ быть ограничена только взносомъ опредѣленной суммы и лишь опредѣленное время. Главная же тягость алиментарной обязанности налагается, такимъ образомъ, на другихъ лицъ, обыкновенно на мать. Первая обязанность называется *Unterhaltspflicht* (по русски ее можно назвать *обязанностью содержанія)* вторая *Alimentationspflicht (обязанность пропитанія).*

Если мы обратимся къ саксонскому законодательству и сначала, что касается первой стороны вопроса—теоретическаго основанія алиментарной обязанности, то мы не встрѣтимъ въ немъ точно проведеннаго принципа ни теоріи деликта, ни теоріи родства. Это объясняется исторіей законовъ о незаконнорожденныхъ въ Саксоніи. Законы эти возникли чисто практически. Судъ, когда къ нему обращалась мать или самъ незаконнорожденный, обыкновенно признавалъ за отцомъ обязанность участвовать въ содержаніи своего незаконнаго дитяти, причемъ въ мотивахъ своихъ рѣшеній, при разновидности разрѣшаемыхъ случаевъ, исходилъ, изъ различныхъ основаній: разъ, въ гла-

---

[1]) Вотъ какъ раздѣляются ученые относительно вышеизложенныхъ двухъ теорій: Пухта, Бринцъ, Вангеровъ держатся теоріи деликта; Глюкъ, Геттъ и вообще большинство современныхъ цивилистовъ—теоріи родства. Указаніе на литературу этого предмета см. **Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. B. II. § 780, n. 18.**

Digitized by Google

захъ суда, проступокъ, другой разъ родство служили юридической основой даннаго рѣшенія, Судебный обычай перешолъ въ законъ и именно первый разъ упоминается объ алиментарной обязанности отца въ Конституціонномъ законодательствѣ (Constitutions-Gesetzgebung), изданномъ Курфирстомъ Августомъ, 21 августа 1572 г. Затѣмъ эта обязанность подтверждена закономъ 28 декабря 1716 г. и окончательно укрѣплена спеціальнымъ мандатомъ 12 ноября 1828 г. [1] [2]). Вслѣдствіе этой системы образованія закона и старое, т. е. дореда́кціонное законодательство, и новое, заключающееся въ дѣйствующемъ кодексѣ, носятъ на себѣ характеръ принципіальной двойственности. Такъ, съ одной стороны, законъ точно высчитываетъ сроки беременности (Conceptionsfrist). Ст. 1859 и 1771), а съ другой, привлекаетъ Swängerer'а къ платежу алиментарныхъ денегъ и тогда, когда рѣшительно нѣтъ возможности доказать родственной связи его съ незаконнымъ ребенкомъ, какъ въ случаѣ неподлежащаго сомнѣнію половаго общенія женщины со многими мужчинами въ концепціонный срокъ. (На этотъ разъ новый законъ даже больше склонился въ сторону деликта, чѣмъ это имѣло мѣсто въ старомъ. Кодексъ признаетъ виновнымъ перваго, относительно котораго будетъ доказано, что онъ имѣлъ сношеніе съ женщиной въ вышеуказанный срокъ [3]), тогда какъ дореда́кціонный законъ допускалъ въ семъ случаѣ такъ называемую exceptio congressus cum pluribus, въ силу которой соучастники (Constuprator'ы) отвѣчали pro rata [4]). Такъ, далѣе онъ не обращаетъ вниманія на зрѣлость родившагося ребенка, хотя бы она явно противорѣчила происхожденію его отъ мужчины, имѣвшаго плотское общеніе съ матерью ребенка въ пред-

---

[1]) Vorlesungen über das im Sachsen geltende Privatrecht von Dr. Bernhard Gottlob Schmidt, K. S. Appelationsrathe u. Ord. Professor an d. Universität Leipzig. B. I, § 7 ff. B. II, § 99.

[2]) Здѣсь рѣчь идетъ о законодательствѣ Саксоніи со времени возрожденія въ Германіи національныхъ принциповъ въ сферѣ права. Когда Германія, а въ томъ числѣ и Саксонія, признавали у себя закономъ Кодексъ Юстиніана, судьба незаконнорожденныхъ рѣшалась на основаніи принциповъ и буквы этого кодекса

[3]) Ст. 1872. Ср. Ст. 1019—1036.

[4]) Handbuch des im K. Sachsen geltenden Civilrechts von Dr. Karl Fridrich Kurtius, Königlich-Sächsisch-Appelationsrath. I Theil. Leipzig. 1846. § 221. ff.

Digitized by Google

полагаемый концепціонный срокъ; не обращаетъ даже вниманія на то, была ли мать ребенка беременна, когда предполагаемый отецъ послѣдняго имѣлъ половый актъ съ нею [1]). Словомъ, во всѣхъ этихъ случаяхъ, достаточно доказать актъ совокупленія, чтобы привлечь лицо, участвовавшее въ этомъ актѣ, къ отвѣтственности, т. е. тутъ алиментарная обязанность строится на доказанномъ проступкѣ, а не на доказаннымъ родствѣ. Наконецъ, наслѣдственный переходъ алиментарной обязанности опредѣляется тоже не на основаніи родственной связи, какъ то имѣетъ мѣсто относительно законныхъ дѣтей [2]), а на основаніи общей отвѣтственности наслѣдниковъ за требованія, возникшія изъ деликта наслѣдователя [3]).

Послѣ этого преобладающаго вліянія теоріи деликта въ статьяхъ кодекса, можно было бы ожидать, что въ редакціонныхъ мотивахъ къ этимъ статьямъ приведены причины, оправдывающія такой взглядъ законодателей. Какъ разъ наоборотъ—редакторы, какъ будто, держатся совершенно противоположнаго воззрѣнія—они основываютъ алиментарную обязанность на требованіи природы и т. п. Вотъ впрочемъ эти мотивы. Erstens ist der Anspruch des ausserehelichen Kindes an den Vater eine *Folge des dem deutschen Rechte zu Grunde liegenden* und dieses und den deutschen Volkscharakter durchdringenden *sittlichen Elements*; die heraus hervosgehenden Forderungen der Sitte, der Natur und der Piätet aufrecht zu erhalten und anzuerkennen, ist gerade die Aufgabe der Gesetzgebung. Zweitens ist bei unserer Gesetzgebung die Gefahr, dass die Erhebung von Alimentationsansprüchen zu Erpressungen gemissbraucht worden kann in weit geringerem Grade vorhanden, als bei einer Gesetzgebung, welche, weil sie einen Anspruch an den ausserehelichen Vater nicht anerkannt, auch den Anforderungen kein Ziel setzt, die mit Beziehung auf erdichtete oder in schwachen Stunden abgelockte Versprechungen gemacht worden. Drittens würde die Aufhebung der sog. Paternitätsklage zu einer erheblichen Erschwerung der den Gemeinden obliegenden Armenversorgungslast führen. Wenn endlich

---

[1]) Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen, bearbeitet von Siebenhaar. B. III. § 1859 и 1771.

[2]) Ст. 1837.

[3]) Ст. 1873.

Digitized by Google

viertens gegen die sog. Paternitätsklage angeführt wird, es werde dieselbe von liederlichen Frauenzimmer, zu allerhand erdichteten Ansprüchen benutzt, so ist dagegen zu bemerken, dass derjenige, welcher hierunter leidet, selbst die Schuld trägt, weil er sich mit einem lüderlichen Frauenzimmer eingelassen hat, eine Gesetzgebung aber nur gegen Concussionen, nicht gegen Ansprüche schützen kann, die aus der erwiesenen Thatsachen folgen [1]).

Эти мотивы нельзя сказать, чтобы были поставлены научно вѣрно и даже логически правильно. Во первыхъ, совершенно основательно было бы надѣяться отъ редакторовъ, въ особенности отъ редакторовъ кодекса, который во многихъ мѣстахъ даже слишкомъ зашелъ въ предѣлы учебника, мотивизаціи на основаніи теоріи, выработанной въ наукѣ для этого предмета, т. е. мотивизаціи согласно съ той или другой доктриной, смотря потому которая, по мнѣнію законодателей, вѣрнѣе. Во вторыхъ, эта мотивизація и логически далеко небезукоризненна. Такъ что эта за „zu Grunde liegendes sittliches Element нѣмецкаго права и нѣмецкаго народа,—какъ будто въ основаніи другихъ законодательствъ и въ характерѣ другихъ народовъ лежитъ безнравственный элементъ. Очевидно, это общее мѣсто, которое, въ существѣ, ничего не мотивируетъ и ничего не доказываетъ. Мало понятенъ также и второй мотивъ,—почему саксонскому законодательству меньше грозитъ опасность отъ Erpressungen, чѣмъ другимъ, такъ какъ тѣхъ особыхъ гарантій, на которыя указываютъ редакторы, кодексъ, въ дѣйствительности, не представляетъ. Эти гарантіи установлены совершенно для другаго случая—для такъ называемой Satisfaction-Klage, но эта послѣдняя имѣетъ совершенно независимую судьбу отъ иска объ алиментахъ. Третій мотивъ, само собою, вѣренъ, но вопросъ, на сколько надо приносить въ жертву другіе болѣе существенные интересы матеріальнымъ интересамъ общинъ. Странна также аргументація четвертаго мотива. Редакторы говорятъ, что если обвиняемый и можетъ иногда быть привлеченъ къ отвѣтственности только потому, что попалъ въ ловушку такъ называемыхъ lüderlicher Frauenzimmer, то онъ наказанъ въ семъ случаѣ по дѣломъ: не надо связываться съ подобными особами. Но во 1-хъ, такая связь не есть преступленіе и закономъ она, по крайней

---

[1]) **Sibenhaar, Commentar.** Мотивы къ ст. 1858.

Digitized by Google

мѣрѣ, терпима, во 2-хъ, сама Lüderlichkeit этихъ особъ всплываетъ наружу, большею частью, лишь во время процесса. Вообще, не слишкомъ ли далеко зашли въ семъ случаѣ редакторы, ревниво охраняя нравственный элементъ, „присущій нѣмецкому народу“ [1]).

---

[1]) Для уясненія общаго взгляда саксонскаго законодательства на алиментарную обязанность, не лишне познакомиться съ постановленіями его относительно такъ называемой Dotationspflicht. Этотъ, совершенно неизвѣстный нашей юридической жизни, институтъ есть обязанность мужчины, имѣвшаго половой актъ съ незамужней женщиной, жениться на ней или надѣлить ее приданымъ. Римское гражданское право, выгораживавшее изъ своей сферы всѣ половыя отношенія, не вытекавшія изъ брака (конкубинатъ явился поздно), не знало и Dotationspflicht, хотя нынѣшніе защитники послѣдней и стараются основать ее на источникахъ римскаго права (см. Windscheid. B. II, S. 847. n. 7). Ссылка однако не подтверждается текстомъ и не подлежитъ сомнѣнію, что эта обязанность (Dotationsverbindlichkeit) есть продуктъ позднѣйшей законодательной дѣятельности и притомъ дѣятельности исключительно германскихъ законодателей, придерживавшихся, въ подобныхъ случаяхъ, принциповъ каноническаго права. Въ исторіи саксонскихъ законовъ Dotationspflicht принадлежитъ къ числу древнѣйшихъ постановленій. Уже въ старомъ дореда́кціонномъ законодательствѣ мы находимъ подробныя о ней постановленія (Curtius, I Theil, § 211. ff.). Въ новомъ кодексѣ онѣ лишь систематизированы. Вотъ эти постановленія.

Совершившій половой актъ съ незамужней женщиной (слѣдовательно, все равно—съ дѣвушкой, вдовой или разведенной), если не захочетъ на ней жениться, обязанъ надѣлить ее приданымъ, сообразно съ ея званіемъ и своими средствами (цифру назначаетъ судъ). Эта обязанность возникаетъ независимо отъ того, была-ли слѣдствіемъ акта беременность или нѣтъ; (старый законъ еще прибавляетъ и независимо отъ того, была-ли претендентка до сего ужь соблазнена, а также независимо отъ того, былъ-ли ею поданъ поводъ къ акту или нѣтъ. Curtius, ibid). Вознагражденіе не можетъ быть требуемо только въ слѣдующихъ случаяхъ: если истица публичная женщина, если до или послѣ совокупленія она имѣла половой актъ съ другимъ мужчиной, если она выговорила себѣ плату. Вознагражденіе не имѣетъ также мѣста, если отвѣтчикъ лишенъ былъ возможности жениться на истицѣ—или потому, что послѣдняя вышла за другаго, не взирая на то, что отвѣтчикъ не отказывался на ней жениться (но mora со стороны истца равносильна отказу), или потому, что онъ женатъ или родственникъ ея въ

Digitized by Google

Послѣ этихъ предварительныхъ замѣчаній, мы перейдемъ къ самой буквѣ закона и именно разсмотримъ сюда относящійся матеріалъ въ слѣдующемъ порядкѣ: о лицахъ, обязанныхъ платить алименты, о лицахъ, имѣющихъ право требовать алименты, о количествѣ алиментовъ и, наконецъ, о прекращеніи алиментарной обязанности. Но такъ какъ всѣ эти отношенія существуютъ въ виду незаконнорожденнаго, то, прежде, чѣмъ вести о нихъ рѣчь, естественно справиться съ закономъ,

---

степени, воспрещающей бракъ (впрочемъ, подъ условіемъ, что это состояніе отвѣтчика было извѣстно истицѣ), или, наконецъ, потому, что истица отказалась отъ брака съ отвѣтчикомъ. Право искать вознагражденія переходитъ и на наслѣдниковъ истицы, если искъ уже былъ начатъ ею, или если онъ былъ основанъ на договорѣ (Ст. 1551—1553). Старый законъ допускаетъ переходъ иска и отвѣтственности безъ этихъ ограниченій. (Curtius, ibid).

Хотя сейчасъ изложенныя статьи и помѣщены въ отдѣлѣ—объ особыхъ видахъ обязательствъ (II Abth. Von einzelnen Arten der Forderungen) и хотя законъ пользуется, въ семъ случаѣ, терминологіей имущественнаго права, называя взысканіе вознагражденіемъ за вредъ—Entschädigung, тѣмъ не менѣе ясно видно изъ причинъ, исключающихъ Dotationsverbindlichkeit, что кодексъ преслѣдуетъ здѣсь совершенно другую цѣль. Еще яснѣе это видно изъ мотивовъ къ разсматриваемымъ статьямъ. Вотъ какъ говорятъ редакторы по этому поводу: Die im bürgerlichen Gesetzbuche anerkannte Dotationspflicht des ausserehelichen Schwängerers ist eine in der Moralität begründete althergebrachte. Zwar lässt sich nicht verkennen dass die *Moralität* nicht den charakteristischen Zug unseres heutigen Zeitbewustseins bildet. Aber eine Gesetzgebung soll nicht dem augenblicklichen Zeitgeiste huldigen, sondern denselben beherschen und von seinen Irrwegen ableiten. Als Dotation wird in der Regel fünfzehn Thaler anerkannt. (Commentar. § 1551—1553).

Итакъ соображенія исключительно моральнаго характера составляютъ задачу законодателя. Такъ понимаетъ законъ и практика, взыскивающая, какъ мы сейчасъ видѣли, единообразно съ проигравшаго процессъ отвѣтчика, 15 талеровъ. Кому извѣстны сколько нибудь условія быта въ Саксоніи, тотъ согласится, что 15 талеровъ—плохое приданое даже для крестьянки. Если такъ, то ясно, что судъ въ семъ случаѣ имѣетъ въ виду *не взыскать*, *а наказать* (оштрафовать). Конечно, позволительно усомниться, достигается ли этимъ путемъ та моральная цѣль, которою задались законодатели. Не послужатъ ли указанныя статьи, какъ разъ наоборотъ, опаснымъ орудіемъ

Digitized by Google

кого онъ понимаетъ подъ именемъ незаконнорожденнаго. Такая справка далеко не лишняя, такъ какъ понятіе о незаконнорожденности не отличалось и не отличается однообразіемъ въ законодательной практикѣ. Такъ если мы бросимъ взглядъ въ исторію, то тамъ встрѣтимъ прежде всего тотъ замѣчательный фактъ, что понятіе о незаконнорожденности не заходитъ далеко вглубь прожитыхъ временъ. Народы первыхъ степеней культуры вовсе не знаютъ различія между незаконнорожденными и законнорожденными: и тѣ, и другія пользуются одинаковыми правами по отношенію къ обществу, и по отношенію къ ихъ родителямъ [1]). Зато позже, когда понятіе это начинаетъ прививаться, законодатели имъ, такъ сказать, увлекаются придавая ему весьма широкое значеніе. Къ незаконнорожденнымъ причисляютъ не только лицъ, рожденныхъ внѣ брака, но и происшедшихъ отъ родителей, хотя и соединенныхъ бракомъ, но не имѣющихъ полныхъ семейственныхъ правъ, а отнятіе этихъ послѣднихъ мотивируется самыми разнообразными причинами. Такъ въ Аѳинахъ дѣти, рожденныя отъ иностранки, конкубины, куртизанки не признавались законными [2]), у кельтовъ и англичанъ въ

въ рукахъ, такъ хорошо извѣстныхъ редакторамъ, lüderlicher Frauenzimmer, а ихъ законъ, собственно говоря, не исключаетъ; исключены лишь публичныя женщины въ тѣсномъ смыслѣ слова: wenn die Frauensperson von der Unzucht ein Gewerbe gemacht, говоритъ ст. 1556. Не станутъ ли эти послѣднія пользоваться означенными статьями для того, чтобы создать себѣ внѣсудебнымъ порядкомъ ренту, далеко превышающую 15 талеровъ, посредствомъ угрозы разгласить фактъ, вполнѣ безразличный для ихъ репутаціи, но часто далеко не безразличный для другой стороны—будь это, напримѣръ, отецъ семейства, духовный и т. п.—не открываетъ ли, такимъ образомъ, законъ дверь самому постыдному шантажу? Какъ бы то ни было, но разсматриваемыя статьи показываютъ, что саксонское законодательство, и въ семъ случаѣ, какъ и въ вопросѣ объ алиментарной обязанности, стоитъ гораздо больше на сторонѣ уголовнаго права, чѣмъ гражданскаго, гораздо больше на сторонѣ штрафа, чѣмъ вознагражденія за вредъ.

[1]) Revue historique de droit français et étranger 1866, 2-me Livraison. De la condition des enfants nés hors mariage dans l'antiquité et au moyen âge en Europe par M. Léon Morillot, docteur en droit. Авторъ говоритъ, что понятіе о незаконнорожденности было чуждо: китайцамъ, арабамъ (p. 153), евреямъ, египтянамъ (p. 153, 154) и ирландцамъ (p. 176).

[2]) Morillot, ibid p. 159.

Digitized by Google

древнее время дѣти, происшедшія отъ иностранца [1]), у скандинавовъ [2]) дѣти сосланныхъ, нищихъ, сумасшедшихъ и 80 лѣтнихъ стариковъ; у древнихъ германцевъ дѣти, прижитыя лицами неравнаго происхожденія [3]). Римское право поставило понятіе о незаконнорожденности на ту точку зрѣнія, которой держится большая часть современныхъ законодательствъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ ввело довольно сложную классификацію незаконнорожденныхъ. Новѣйшіе кодексы, сходясь между собою въ принципѣ, при опредѣленіи незаконнорожденности, представляютъ однако отличіе въ частностяхъ.

Что касается саксонскаго кодекса, то въ немъ общее *основаніе законнорожденности* построено на тѣхъ же данныхъ, какъ и въ другихъ современныхъ кодексахъ; именно условіемъ законнорожденности поставлено зачатіе и рожденіе въ законномъ бракѣ, или одно изъ двухъ—*либо зачатіе, либо рожденіе въ семъ бракѣ.* Поэтому въ саксонскомъ законодательствѣ законнорожденными признаются: зачатыя и родившіяся въ бракѣ, зачатыя до брака, но родившіяся въ бракѣ, зачатыя въ бракѣ, но родившіяся послѣ брака [4]).

Во всѣхъ сихъ случаяхъ законнорожденность своимъ conditio sine qua non предполагаетъ несомнѣнность происхожденія родившагося отъ лицъ, которыя состояли въ бракѣ во время зачатія и рожденія ребенка, или хоть въ одинъ изъ сихъ моментовъ; причемъ, для доказательства такого происхожденія, достаточно чтобы отецъ призналъ ребенка своимъ [5]); самое же признаніе не требуетъ непремѣнно положительной формы. Законъ предполагаетъ признаніе тамъ, гдѣ нѣтъ протеста противъ зачисленія ребенка за извѣстнымъ лицомъ [6]). Мало того, ограждая, по возможности, иски противъ законнорожденности, кодексъ заключаетъ самый протестъ въ извѣстныя, точно опредѣленныя, границы. Такъ отрицать законнорожденность ребенка зачатаго и родившагося въ бракѣ предполагаемый его отецъ (т. е. мужъ матери его) можетъ не

---

[1]) Ibid., p. 175.

[2]) Ibid., 184 и сл.

[3]) Ibid., 176 и сл.

[4]) Ст. 1771, 1776.

[5]) Ст. 1774.

[6]) Само собою, предполагается подобное же признаніе и на сторонѣ матери.

Digitized by Google

иначе, какъ доказывая, что онъ не могъ имѣть половаго акта съ своею женою въ теченіи предполагаемаго концепціоннаго срока [1]). Но и здѣсь опять ограниченіе: на alibi онъ можетъ ссылаться въ теченіи трехъ мѣсяцевъ, считая со дня, когда ему стало извѣстнымъ рожденіе ребенка; именно въ теченіи этого срока долженъ быть заявленъ мѣстному суду протестъ противъ отчества [2]). Если ребенокъ родился въ бракѣ раньше 182 дней, то 3-хъ мѣсячнымъ срокомъ мужъ можетъ воспользоваться лишь тогда, если, при заключеніи брака, онъ не зналъ о беременности невѣсты; если же беременность была ему извѣстна, то протестъ возможенъ лишь при заключеніи брака, а послѣ того онъ не принимается въ соображеніе [3]).

Другая существенная гарантія для сокращенія споровъ противъ законнорожденности состоитъ въ томъ, что дѣйствующій законъ исключаетъ прежде практиковавшуюся exceptio congressus cum pluribus— возраженіе, что въ теченіе концепціоннаго срока жена или невѣста имѣла половое общеніе и съ другими мужчинами, кромѣ мужа или жениха [4]).

Признаніе отчества безповоротно. Разъ высказавъ его, въ послѣдствіи нельзя взять обратно. Но это признаніе, какъ говоритъ законъ, не вредитъ правамъ дитяти или третьихъ лицъ [5]) т. е. какъ первое, такъ и вторыя, не взирая на признаніе отчества со стороны извѣстнаго мужчины, могутъ отрицать таковое, на основаніи общепринятой системы доказательствъ.

Что касается лицъ, *родившихся послѣ прекращенія брака*, то законъ предполагаетъ происхожденіе ихъ отъ этого брака лишь подъ условіемъ, что рожденіе послѣдовало не позже длиннѣйшаго концепціоннаго срока, т. е. 302 дней [6]). Этотъ срокъ опредѣляется иначе только тогда, если вдова или разведенная, до разрѣшенія отъ бремени, вступила въ новый бракъ. Въ семъ случаѣ дитя, родившееся въ теченіи 270 дневнаго срока, считая со дня прекращенія брака, предполагается

---

[1]) Ст. 1772.
[2]) Ст. 1775.
[3]) Ст. 1776 и 1777.
[4]) Ст. 1773.
[5]) Ст. 1778.
[6]) Ст. 1771.

Digitized by Google

происшедшимъ отъ прежняго брака, позже 270 дней—отъ новаго брака [1]).

Познакомившись съ вопросомъ, какихъ дѣтей саксонское законодательство причисляетъ къ незаконнорожденнымъ, мы перейдемъ теперь къ разсмотрѣнію ихъ алиментарныхъ правъ и, согласно выше установленному порядку, начнемъ рѣчь съ лицъ, обязанныхъ доставлять алименты незаконнорожденнному. Но прежде чѣмъ говорить объ этомъ, мы сдѣлаемъ нѣсколько общихъ замѣчаній объ алиментарной обязанности вообще и объ особенностяхъ алиментарной обязанности между незаконными родственниками.

Алиментарная обязанность есть вытекающая изъ родственной связи взаимная обязанность родственниковъ вспомоществовать другъ другу въ случаѣ нужды. Въ видѣ легальной мѣры, эта обязанность существуетъ, впрочемъ, лишь между восходящими и нисходящими родственниками. На боковыхъ законъ ее не распространяетъ. Какъ имѣющая свою юридическую основу, главнымъ образомъ, въ чувствѣ привязанности, соединяющей родственниковъ, она не назначается въ видѣ извѣстной суммы или цифры. Обязанный алиментами даетъ ихъ сообразно своему званію и средствамъ и притомъ столь долго, сколь долго имѣетъ нужду въ средствахъ алиментируемый. Будучи отношеніемъ строго личнымъ, она прекращается со смертью не только получающаго алименты, но и дающаго ихъ.

Въ нѣсколько другомъ видѣ представляется алиментарная обязанность между незаконными родственниками, т. е. между незаконнымъ отцемъ и его дитятею. Такъ какъ здѣсь чувство взаимной родственной привязанности, въ большинствѣ случаевъ, едва-ли имѣетъ мѣсто въ виду того, что самая родственная связь, служащая основаніемъ этой привязанности зачастую отрицается одной стороной, т. е. отцемъ,—то законъ не признаетъ этой обязанности, во первыхъ, взаимною, а во вторыхъ, заключаетъ ее въ точныя границы, назначая для нея мѣру и срокъ. Притомъ, при опредѣленіи мѣры, законъ руководствуется не званіемъ дающаго алименты, а наличностью его средствъ, такъ какъ незаконнорожденный преимуществами званія своего отца, ни подъ какимъ видомъ, не пользуется.

---

[1]) Ст. 1779.

Digitized by Google

Съ другой стороны, срокъ, предписанный закономъ, для алиментарной обязанности на столько признается безусловнымъ, что, въ случаѣ смерти отца, эта обязанность переходитъ на его наслѣдниковъ.

Итакъ алиментарная обязанность между законными родственниками имѣетъ характеръ нравственно-семейный, алиментарная обязанность между незаконными родственниками есть отношеніе чисто имущественное. Это отношеніе между указанными двумя видами алиментарной обязанности служитъ, между прочимъ, доказательствомъ, какъ невѣрно было бы на основаніи алиментарной обязанности приравнивать положеніе незаконнаго отца къ положенію отца законнаго.

За симъ перейдемъ къ постановленію закона *о лицахъ, обязанныхъ вносить алименты*. Относительно лицъ, обязанныхъ содержать ребенка, на первомъ планѣ, по самой природѣ вещей, стоятъ отецъ и мать. Этому правилу слѣдуетъ и саксонское законодательство. Но прежде, чѣмъ наложить на кого либо обязанность, должно быть точно опредѣлено лицо обязанное. Что касается матери, то тутъ дѣло рѣшается легко и вѣрно. Природа актомъ рожденія указываетъ, кто мать. Не такъ просто и безошибочно вѣрно рѣшается вопросъ объ отцѣ. Происхожденіе ребенка отъ извѣстнаго мужчины (Zeugung) не можетъ быть доказано, по крайней мѣрѣ, при современномъ состояніи наукъ естественныхъ. Наука права восполняетъ этотъ пробѣлъ предположеніемъ, основаннымъ на достаточной вѣроятности. Эта наука, а вмѣстѣ съ нею и законодательство, говорятъ: отцемъ ребенка, рожденнаго въ бракѣ, надо считать мужа матери его. Это предположеніе, если и влечетъ за собою ошибки въ дѣйствительности, достаточно однако, чтобы дать семьѣ надлежащую юридическую крѣпость, а это весьма важно. Но случаи рожденія возможны и внѣ брака. Неизвѣстность происхожденія родившагося отъ того или другаго мужчины и здѣсь требуетъ разрѣшенія. Тутъ, само собою, уже нѣтъ мѣста юридическому предположенію, созданному для рожденій въ бракѣ. Дѣло должно быть рѣшено, слѣдовательно, на основаніи другихъ соображеній. Въ семъ случаѣ законодательства не отличаются уже тѣмъ однообразіемъ, какъ въ первомъ. Общій взглядъ законодателя на внѣбрачное сожительство и внѣбрачное рожденіе служитъ обыкновенно мотивомъ, при избраніи способа опредѣленія незаконнаго отца.

Что касается саксонскаго законодательства, то оно рѣшаетъ этотъ вопросъ слѣдующимъ образомъ. Незаконнымъ отцемъ (Schwängerer)

Digitized by Google

считается тотъ, кто съ забеременѣвшей (Geschwängerte) совершилъ актъ совокупленія въ періодъ времени между 182-мъ и 302 днемъ до разрѣшенія ея отъ бремени, день послѣдняго не считая [1]). Этому предположенію законъ придаетъ абсолютную силу, не допускающую доказательства противнаго, т. е. нельзя доказывать, что дитя, родившееся раньше кратчайшаго и позже длиннѣйшаго законнаго срока, зачато въ періодъ того или другаго срока. Законъ, такимъ образомъ, отвергаетъ всѣ возможныя въ данномъ случаѣ возраженія, взятыя изъ физіологіи и основанныя на соотвѣтствіи между предполагаемымъ срокомъ зачатія и зрѣлостью ребенка [2]).

Далѣе—законъ оставляетъ безъ вниманія и другое возраженіе, основанное на физіологіи, именно возраженіе, что женщина, имѣвшая половой актъ съ привлекаемымъ къ отвѣту мужчиной, уже во время этого акта, была беременной отъ другаго. Это возраженіе не принимается въ соображеніе, какъ говоритъ комментаторъ, вслѣдствіе его неудовлетворительности, такъ какъ возможныя въ семъ случаѣ доказательства—сознаніе матери, что она уже была беременной, когда имѣла

---

[1]) ст. 1859.

[2]) Отъ закона отступаетъ однако судебная практика, допускающая именно въ этого рода искахъ возраженія, основанныя на тѣлесныхъ качествахъ ребенка. Комментаторъ саксонскаго кодекса, одинъ изъ главныхъ редакторовъ его, а нынѣ одинъ изъ видныхъ дѣятелей на поприщѣ практической юстиціи Саксоніи, Siebenhaar, (вице-президентъ Высшаго Аппеляціоннаго суда) порицаетъ эту практику по слѣдующимъ соображеніямъ. Онъ говоритъ: Allein die herbei zum Vorschein kommenden unbestimmten und schwankenden ärztichen Gutachten, auf welche doch schlisslich ein solcher Gegenbeweis gestützt werden muss, in Verbindung damit, dass der Grund der Unbestimmtheiten und Schwankungen dieser Gutachten ein allgemeiner ist, weil denselben wenigstens in der Regel die Angaben der Hebammen zu Grunde liegen müssen, auch bei der Entwickelung der Leibesfrucht dem menschlichen Auge verschlossene nicht a priori zu bestimmende Naturkäfte wirken, nicht geeignet diese Praxis in einem besonderen Lichte erscheinen zu lassen, und man hat daher dieselbe in dem Gesetzbuche anzuerkennen nothwendig Bedenken tragen müssen. Commentar, B. III. § 1859. Этого мнѣнія держится и большинство нѣмецкихъ ученыхъ, занимавшихся спеціально и между прочимъ разсматриваемымъ вопросомъ см. Windscheid. B. I. 566, n. 3.

Digitized by Google

половый актъ, внѣшніе признаки существовавшей беременности, сравнительная зрѣлость ребенка, какъ само собою ясно, обманчивы (trügerisch) [1]).

Эту строгость закона, въ данномъ случаѣ, едва ли можно одобрить. Фактъ беременности, съ одной стороны не такъ трудно доказываемъ, какъ предполагаетъ комментаторъ, а съ другой—будь этотъ фактъ доказанъ, онъ разрушаетъ вполнѣ ту причину, въ силу которой привлекается къ платежу алиментовъ stuprator. Здѣсь мы видимъ именно, что законъ, на этотъ разъ, сталъ на точку зрѣнія деликта. Тутъ не обращается вниманія даже на сознаніе матери — рѣшительный способъ доказательства въ гражданскихъ дѣлахъ [2]).

Въ старомъ дореда́кціонномъ законодательствѣ было сдѣлано изъятіе изъ вышеизложеннаго правила объ исключительномъ вліяніи концепціоннаго срока для опредѣленія отчества на тотъ разъ, если женщина въ теченіи этого срока имѣла половое общеніе со многими мужчинами; именно привлекаемый къ отвѣту могъ защищаться, въ этомъ случаѣ, такъ называемой exceptio congressus cum pluribus или exceptio plurium concubentium.

Эта exceptio congressus cum pluribus принадлежитъ къ числу воз-

---

[1]) Commentar. B. III, § 1859.

[2]) Ст. 1773. Такимъ образомъ, согласно законодательнымъ постановленіямъ, для мужчины будутъ возможны лишь слѣдующія возраженія противъ факта совокупленія: alibi, impotentia постоянная или временная, смерть ребенка.—Чтобы дать понять, какъ мало въ семъ случаѣ саксонскій законъ предоставляетъ средствъ защиты обвиняемому, мы приведемъ здѣсь тѣ возраженія, которыя даются послѣднему по швейцарскимъ законодательствамъ. Вотъ онѣ: а) брачное состояніе обвиняемаго (развѣ объ этомъ обвинительница не знала), б) молодость (менѣе 16 лѣтъ) в) брачное состояніе обвинительницы, г) противорѣчіе въ показаніяхъ ея относительно личности того мужчины, отъ котораго она забеременѣла, д) безнравственность ея (полученіе денегъ отъ мужчины, развратное поведеніе, половое сношеніе со многими мужчинами и т. п.), е) незаявленіе о беременности въ теченіи извѣстнаго срока, ж) не призывъ свидѣтелей къ родамъ з) несоотвѣтствіе въ показаніи времени зачатія со временемъ родовъ и) и всѣ возраженія, допускаемыя саксонскимъ кодексомъ. См. Das Recht der unehlichen Geburt in der Schweiz mit der Rücksicht auf die Schweizerischen Gesetzgebungen und die wichtigsten ausländischen Rechte von Iost Weber. Zürich. 1860. § 29, S. 158—171.

Digitized by Google

раженій, весьма разнообразнымъ способомъ разрѣшаемыхъ и законодательной практикой, и наукой. Одни законодательства ея совсѣмъ не допускаютъ (какъ саксонское, австрійское), другія—(какъ многія швейцарскіе) придаютъ ей полную силу. Первыя исходятъ изъ того соображенія, что совершившій проступокъ не уменьшаетъ тѣмъ своей вины, если онъ можетъ доказать, что одновременно съ нимъ совершили тотъ же проступокъ еще и другіе. Вторая категорія законодательствъ переноситъ, напротивъ, эту преступность на лицо обвинительницы, усматривая въ фактѣ одновременнаго совокупленія ея со многими мужчинами настолько безнравственности, что считаетъ это достаточнымъ основаніемъ для того, чтобы возложить на нее всю тяготу послѣдствій совершеннаго ею преступнаго факта. Впрочемъ, и тѣ законодательства, которыя уважаютъ эту exceptio требуютъ отъ нея достаточной матеріальной доказательности—именно, чтобы имѣть силу, она должна быть заявлена съ указаніемъ на лица constaprator'овъ и время совокупленія.

Также раздѣляются относительно разсматриваемаго предмета и мнѣнія ученыхъ: Unger Stubenrauch [1]), Gett, Busch, Heervart, Schüssler допускаютъ это возраженіе и вмѣстѣ съ тѣмъ, будь оно доказано, освобождаютъ отъ всякой отвѣтственности всѣхъ constuprator'овъ безъ различія. Другіе—Schröter, Seuffert, Windscheid не находятъ достаточной юридической силы въ этомъ возраженіи и привлеченіе къ отвѣтственности многихъ constuprator'овъ считаютъ вполнѣ справедливымъ. Различно, впрочемъ, опредѣляютъ мѣру отвѣтственности ученые этой категоріи: одни думаютъ, что всѣ constuprator'ы должны отвѣчать солидарно, другіе распредѣляютъ взысканіе pro rata, третьи полагаютъ его на одного изъ constuprator'овъ: на того, кто первый имѣлъ половой актъ съ обвинительницей, наконецъ, четвертые рѣшаютъ вопросъ самымъ своеобразнымъ способомъ—они предоставляютъ незаконному дитяти actio in factum ex lege Aquilia, такъ какъ всякій constuprator поставилъ это дитя въ невозможность воспользоваться искомъ объ отчествѣ [2]).

Новый законъ отмѣнилъ эту exceptio. Первый, призванный къ суду, мужчина, относительно котораго доказано, что онъ имѣлъ въ теченіе концепціоннаго срока половое общеніе съ истицей, считается отцемъ и обязанъ платить алименты. Слѣды стараго закона въ новомъ

---

[1]) Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentags. B. II. S. 220 ff.

[2]) См. Winscheid, B. II. 781, n. 19.

Digitized by Google

кодексѣ сохранились только въ одномъ случаѣ: если женщина въ теченіе зачаточнаго срока была въ бракѣ и если третій во время этого срока имѣлъ съ нею половой актъ, то этотъ третій на искъ объ алиментахъ имѣетъ право возразить, что и мужъ истицы пользовался, въ этотъ періодъ времени, правами своей супружеской жизни [1]).

Практика Высшаго Аппеляціоннаго суда примѣняетъ этотъ законъ по аналогіи и къ тому случаю, когда дитя родилось въ бракѣ раньше 182 дней, т. е. когда оно зачато еще до брака. Здѣсь третій можетъ тоже защищаться противъ иска возраженіемъ, что не только онъ имѣлъ половое общеніе съ истицей въ зачаточный срокъ, но и ея женихъ [2]). Возраженіе не только справедливое, но и юридически основательное, такъ какъ по саксонскому законодательству періодъ обрученія, что касается дѣтей, приравнивается къ брачному состоянію.

Этой алиментарной обязанности приговоренный къ ней судомъ подлежитъ независимо отъ того, можетъ ли быть ему *вмѣненъ въ вину* актъ совокупленія, отъ котораго произошелъ незаконный ребенокъ или нѣтъ. Въ этомъ случаѣ согласны и теорія (безъ различія доктринъ) и практика. Малолѣтство, ненормальное состояніе разсудка и т. п. не могутъ служить въ семъ случаѣ возраженіемъ на искъ объ алиментахъ. Въ этомъ же смыслѣ рѣшаетъ вопросъ и саксонское законодательство, привлекающее къ отвѣту stuprator'а независимо отъ его возраста [3]) [4]).

Итакъ мужчина, признанный, по приговору суда, отцемъ незаконнаго ребенка, долженъ по отношенію къ послѣднему нести алиментарную обязанность. Эта обязанность по саксонскому законодательству заключается, какъ увидимъ ниже, въ платежѣ со стороны незаконнаго отца опредѣленной суммы въ теченіе опредѣленнаго срока. Обязанность содержанія ребенка во всемъ ея объемѣ не лежитъ на незаконномъ

---

[1]) Ст. 1860.

[2]) Schmidt. B. II. S. 99 ff.

[3]) Ст. 1859.

[4]) Въ трактатѣ объ алиментарной обязанности можетъ возникнуть еще вопросъ, какъ далеко заходитъ отвѣтственность отца, при неплатежѣ имъ алиментарныхъ денегъ. Само собою, что всякое уклоненіе отъ платежа, при наличности средствъ, предполагаетъ немедленное взысканіе съ имущества обязаннаго, при несостоятельности же его эта обязанность переходитъ на другихъ лицъ, ей подлежащихъ.

Digitized by Google

отцѣ. Эту обязанность несетъ *мать* незаконнорожденнаго. Ребенокъ находится на ея попеченіи, она заботится о доставленіи ему всѣхъ необходимыхъ средствъ и объ его воспитаніи [1]). Эта обязанность можетъ перейти даже всецѣло на мать, въ случаѣ несостоятельности отца или же смерти его и отсутствія наслѣдниковъ. Что же касается дочерей, то на мать, во всякомъ случаѣ, возлагается обязанность надѣлить ихъ приданымъ въ законныхъ размѣрахъ [2]).

Алиментарная обязанность незаконнаго отца въ томъ объемѣ, въ какомъ она будетъ наложена на него судомъ, переходитъ, въ случаѣ смерти перваго, на его *наслѣдниковъ* [3]). При этомъ законъ устанавливаетъ особое ограниченіе только въ пользу законныхъ дѣтей stuprator'a—ограниченіе, имѣющее цѣлью предотвратить возможность обдѣла законныхъ дѣтей въ пользу незаконныхъ; именно въ ст. 1873 сказано: если незаконный отецъ оставитъ послѣ себя законныхъ дѣтей, то алиментарная обязанность этихъ послѣднихъ, по отношенію къ своему незаконному брату или сестрѣ, прекращается, если онъ или она до смерти наслѣдодателя получили часть наслѣдства, равную наслѣдственной долѣ законнаго дитяти. Ограниченіе понятное, и нельзя не признать, цѣлесообразное, такъ какъ, по всѣмъ соображеніямъ, и справедливости, и законодательной политики, незаконныя дѣти не должны имѣть преимуществъ предъ законными [4]).

Говоря объ алиментарной обязанности незаконнаго отца и его наслѣдниковъ, нельзя не упомянуть, что новый законъ въ семъ случаѣ нѣсколько отступилъ отъ стараго и тѣмъ самымъ поставилъ эту обязанность на почву чисто имущественныхъ отношеній. Такъ дѣйствующій кодексъ переноситъ алиментарную обязанность незаконнаго отца только на его наслѣдниковъ и притомъ независимо отъ основанія, въ силу котораго они призываются къ наслѣдованію. Въ числѣ другихъ тягостей наслѣдственной массы они плотятъ и алиментарную сумму въ

---

[1]) Ст. 1874.

[2]) Ст. 1662. Ср. ст. 1661.

[3]) Ст. 1873.

[4]) Само собою разумѣется, что это постановленіе закона не можетъ быть измѣнено и завѣщательной волей незаконнаго отца, такъ какъ статья гарантируетъ права законныхъ дѣтей категорически (Ср. Commentar Siebenhaar'a къ § 1873.

Digitized by Google

пользу незаконныхъ дѣтей наслѣдодателя. Не такъ было по старому законодательству: законъ обязывалъ дѣда и бабку незаконнорожденнаго вносить алименты своимъ внукамъ, совершенно не соображаясь съ тѣмъ, получили ли они что либо въ наслѣдство отъ своего сына или нѣтъ. Тутъ, слѣдовательно, алиментарная обязанность переходила не какъ долгъ, а какъ фамильная обязанность, имѣющая свое основаніе въ томъ чувствѣ піэтета, которое связываетъ родственниковъ между собою.

Относительно того, въ какомъ *объемѣ* долженъ совершиться переходъ алиментарной обязанности незаконнаго отца на его наслѣдниковъ, мнѣнія ученыхъ различны. Тѣ, которыя держатся теоріи деликата, ограничиваютъ эту отвѣтственность величиной наслѣдственной массы. Тѣ, которыя защищаютъ принципъ родства, вовсе не допускаютъ перехода, такъ какъ отношенія между отцемъ и незаконнымъ ребенкомъ въ высшей степени личныя, чтобы допустить этотъ переходъ; наконецъ, третьи допускаютъ безусловный переходъ. Это послѣднее мнѣніе имѣетъ за собою и почти повсемѣстную практику въ Германіи. Что касается саксонскаго законодательства, то оно допускаетъ наслѣдственный переходъ и притомъ безусловно [1]). Ограниченіе установлено, какъ мы видѣли, лишь для огражденія интересовъ законныхъ дѣтей.

Итакъ главная обязанность содержанія незаконнаго ребенка лежитъ на матери, при участіи отца или его наслѣдниковъ. Но спрашивается, какъ быть въ томъ случаѣ, если мать умерла или хотя и жива, но не имѣетъ средствъ, или не можетъ быть розыскана? На это мы находимъ отвѣтъ въ ст. 1874 и 1839. Въ первой сказано, что между незаконными дѣтьми и ихъ матерью, а равно и материнскими родственниками, устанавливаются всѣ права и обязанности, въ особенности алиментарная обязанность, на томъ же основаніи, какъ между этими родственниками и законными дѣтьми, а относительно сихъ послѣднихъ въ ст. 1839 сказано, что, при несуществованіи въ живыхъ матери, при неотысканіи ея или при ея несостоятельности, обязанность содержанія дѣтей переходитъ на ея восходящихъ по порядку степеней.

Теперь перейдемъ къ вопросу о лицахъ, имѣющихъ право требовать алименты. Но прежде, чѣмъ вести рѣчь объ этомъ предметѣ, ска-

---

[1]) Ст. 1873.

Digitized by Google

жемъ нѣсколько словъ по поводу права требованія алиментовъ и формы требованія.

Обязанность платить алименты и соотвѣтственное ей *право требовать* ихъ, кромѣ родственной связи, предполагаетъ еще два существенныя условія: наличность средствъ у дающаго и неимѣніе ихъ у получающаго алименты. Коль скоро этотъ послѣдній располагаетъ собственнымъ имуществомъ, достаточнымъ для того, чтобы содержать себя, (обыкновенно эта достаточность понимается въ томъ смыслѣ, что имѣющій право на алименты можетъ содержать себя на доходы съ своего имущества, безъ расходованія основнаго капитала) эта обязанность снимается съ лицъ, подлежащихъ ей. Это общее правило объ алиментарной обязанности имѣетъ мѣсто и относительно незаконныхъ родственниковъ.

Едва ли однако такъ долженъ быть рѣшенъ этотъ вопросъ для Саксонскаго Королевства. Кодексъ его, какъ мы это уже не разъ указывали, явственно тяготѣетъ на сторону деликта въ своихъ опредѣленіяхъ алиментарной обязанности незаконнаго отца. А при этомъ условіи, алиментарная сумма является не только средствомъ содержанія незаконнорожденнаго, но и штрафомъ, налагаемымъ закономъ на совершившаго проступокъ, а если такъ, то имѣніе или неимѣніе собственныхъ средствъ у незаконнаго ребенка является обстоятельствомъ побочнымъ въ семъ случаѣ. Дѣйствительно, ст. 1864 говорящая объ алиментахъ, обусловливаетъ количество ихъ размѣромъ имущества отца, но вовсе не упоминаетъ при этомъ объ имуществѣ дитяти.

Что касается *иска* объ алиментахъ, то онъ отличается той особенностью, что въ видѣ своего prejudicium, предполагаетъ всегда искъ объ отчествѣ (Actio de paternitate, Paternitäts-Klage), по понятной причинѣ: лишь предполагаемый отецъ обязанъ платить алименты. Въ дѣйствительности, для ускоренія процесса, оба иска соединяются. Въ саксонскомъ законодательствѣ искъ объ отчествѣ именно играетъ лишь преюдиціальную роль.

За симъ непосредственно къ вопросу *о лицахъ, имѣющихъ право требовать алименты.* По общему правилу право это принадлежитъ тому лицу, которое содержитъ или содержало незаконнорожденнаго. Въ частности, право это предоставлено разнымъ лицамъ, смотря по роду алиментовъ, которые требуются—и именно здѣсь различаются *алименты*

Digitized by Google

за истекшее время и алименты на будущее время. Первые имѣетъ право требовать мать, затѣмъ опекунъ, какъ законный заступникъ на судѣ интересовъ незаконнаго дитяти, затѣмъ вообще лица, содержавшія ребенка [1]). Здѣсь, въ особенности, кодексъ упоминаетъ о мужѣ матери, предполагая, что она вступала въ бракъ, имѣя незаконнорожденнаго ребенка, или же, что дитя прижито ею въ прелюбодѣяніи. Однако это право мужа, какъ вытекающее изъ cura maritalis, не можетъ выходить за предѣлы брака, т. е. мужъ, въ силу этого закона, имѣетъ право требовать издержки, понесенныя имъ на содержаніе своего незаконнаго пасынка или падчерицы, лишь со дня вступленія въ бракъ его съ матерью послѣднихъ [2]).

Алименты за добрачное время можетъ требовать только мать или, само собою разумѣется, опекунъ.

Всѣ другія лица, кромѣ мужа матери, хотя бы даже и ближайшіе родственники незаконнорожденнаго, сдѣлавшія затрату на его содержаніе имѣютъ право взыскивать ее съ незаконнаго отца, независимо отъ времени, когда была сдѣлана затрата. Такъ въ ст. 1354 сказано, что, если родители или другіе восходящіе доставляли содержаніе своимъ нисходящимъ или братья—сестрамъ, и наоборотъ: нисходящіе алиментировали восходящихъ, сестры—братьевъ; то, въ сомнительныхъ случаяхъ, предполагается, что дававшіе содержаніе хотѣли одарить получившихъ его. По отношенію къ незаконнымъ родственникамъ это предположеніе не имѣетъ мѣста [3]).

Этой статьей законодатель хочетъ, съ одной стороны, отнять у незаконнаго отца всякую возможность уклоняться отъ платежа али-

---

[1]) Ст. 1868.

[2]) Siebenhaar, Commentar. B. III. S. 170, § 1869.

[3]) Законъ представляетъ еще и другое изъятіе изъ общаго правила о вознагражденіи за понесенныя издержки. Но это изъятіе существуетъ въ одинаковой мѣрѣ какъ для незаконныхъ дѣтей, такъ и для законныхъ. Именно въ ст. 1355 говорится, что ведущій чужія дѣла, (Geschäftsführer), теряетъ право на вознагражденіе за понесенныя имъ издержки съ момента, когда ему сдѣлалось извѣстнымъ запрещеніе его препоручителя (Geschäftsherr) продолжать веденіе дѣла. Но это правило, прибавляетъ статья, не распространяется на случаи, когда ведущій чужое дѣло выполнилъ за препоручителя какую либо государственную или общественную повинность, или же давалъ содержаніе лицамъ, которыхъ по закону обязанъ содержать препоручитель.

Digitized by Google

ментарной суммы, а съ другой, въ этомъ видна особая забота о судьбѣ незаконнорожденнаго—забота поставить его въ благопріятныя условія, которыя для третьихъ лицъ могли бы служить побужденіемъ, въ крайнихъ случаяхъ, взять на себя попеченіе о немъ.

Что касается *алиментовъ на будущее время* [1]), то право требованія ихъ предоставлено лишь матери и опекуну, въ обоихъ случаяхъ съ согласія опекунскаго суда [2]). Это согласіе требуется не только какъ контроль опекунской власти, но и во избѣжаніе стеченія исковъ опекуна и матери. Имъ обоимъ одинаково принадлежитъ право иска, но если искъ начатъ однимъ, то уже не можетъ быть начатъ другимъ и исходъ его обязателенъ взаимно для обѣихъ сторонъ, развѣ бы проигрышъ процесса былъ слѣдствіемъ проволочки или же недозволеннаго соглашенія съ противной стороной [3]).

Алиментарная сумма, которую обязанъ вносить отецъ или лица, его заступающія по закону, *слагается* изъ издержекъ, понесенныхъ матерью вслѣдствіе родовъ, изъ издержекъ на крещеніе ребенка и изъ алиментарной суммы въ строгомъ смыслѣ [4]). Для первыхъ двухъ видовъ издержекъ законъ не устанавливаетъ нормы. Въ ст. 1861 ска-

---

[1]) Подъ будущимъ временемъ надо, конечно, понимать время, которое послѣдуетъ за рожденіемъ ребенка или же за срокомъ, за который внесена алиментарная плата. Но спрашивается, можно ли требовать алименты еще до рожденія ребенка? По всѣмъ соображеніямъ, такому требованію не должно быть мѣста. Юридическая причина требованія еще не наступила: искъ объ алиментахъ можетъ быть встрѣченъ **exceptio actionis nondum natae**. Затѣмъ тутъ возможны еще и практическія неудобства: для признанія отчества за извѣстнымъ лицомъ, долженъ быть вычисленъ концепціонный срокъ. Но рожденіе—время, отъ котораго надо начать счетъ еще не послѣдовало; потомъ ребенокъ можетъ родиться мертвымъ, неспособнымъ къ жизни и т. п. Комментаторъ саксонскаго кодекса находитъ такой искъ возможнымъ. Не говоря о сейчасъ упомянутыхъ возраженіяхъ, такой комментарій не находитъ себѣ подтвержденія въ буквѣ закона, такъ какъ комментируемая статья рѣшительно не даетъ поводъ къ такому заключенію. См. В. III, § 1862.

[2]) Ст. 1865, 1866.

[3]) Ст. 1865, 1866.

[4]) Ст. 1858.

Digitized by Google

зано, что если мать требуетъ Geburts und Taufkosten въ количествѣ не болѣе 7 талеровъ, то она не обязана представлять на это доказательствъ (so bedarf es keines Nachweises, dass dieser Aufwand nothwendig gewesen sei). Слѣдовательно, всякая сумма выше 7 талеровъ предполагаетъ предъявленіе мотивированнаго счета, который провѣрить и назначить по немъ среднюю цифру—дѣло суда. [1])

Количество алиментарной суммы, въ строгомъ смыслѣ, прежній законъ опредѣлялъ лишь въ видѣ maximum'a, причемъ дѣлалъ различіе между gemeinen und angesehenen Leuten. Gemeine Leute платили годично 12 талеровъ, а angesehene 20—30 талеровъ, потомъ эта послѣдняя сумма была удвоена (60 талеровъ) [2]), а новый законъ удвоилъ и эту удвоенную (120 талеровъ) и назначилъ сверхъ того минимумъ (12 талеровъ), уничтоживъ вмѣстѣ съ тѣмъ прежнее различіе между gemeinen и angesehenen Leuten [3]). Въ предѣлахъ этого maximum'a и minimum'a судъ назначаетъ среднюю норму, сообразно съ званіемъ матери, особыми потребностями ребенка и имуществомъ отца, но не званіемъ послѣдняго, такъ какъ этимъ преимуществомъ пользуются лишь законныя дѣти.

Норма, назначенная судомъ, не остается непремѣнно одной и той же въ теченіи всего алиментарнаго срока. Съ измѣненіемъ положенія на той или другой сторонѣ, каждая изъ нихъ можетъ искать у суда назначенія новой цифры [4]).

Алиментарная сумма платится обыкновенно *по мѣсячно впередъ*, причемъ заплоченное не возвращается, хотя бы обязанность прекратилась до конца мѣсяца [5]).

Обязанность платить алименты, въ количествѣ, назначенномъ су-

---

[1]) Въ число статей счета, само собою, входятъ и издержки по леченію болѣзни, но, разумѣется, лишь связанной непосредственно съ родами, а не имѣющей совершенно другую причину; тѣмъ менѣе издержки, понесенныя на леченіе болѣзни, послѣдовавшей далеко до разрѣшенія отъ бремени. Если женщина авотируетъ, то издержки на леченіе ея несомнѣнно обязанъ нести мужчина, которому принадлежитъ авортъ.

[2]) Curtius, Handbuch. §§ 154 и 155.

[3]) Ст. 1862.

[4]) Ст. 1864.

[5]) Ст. 1864.

Digitized by Google

домъ, продолжается до истеченія 14 лѣтняго возраста дитяти. Мимо этого, она можетъ *прекратиться* двумя способами: передачей ребенка отцу или смертью перваго до истеченія 14 лѣтъ. Что касается передачи, то она можетъ воспослѣдовать, во первыхъ, лишь по достиженіи ребенкомъ шестилѣтняго возраста (школьный возрастъ), а во вторыхъ, не иначе какъ съ согласія опекунскаго суда, который наблюдаетъ при этомъ интересы дитяти. Одного лишь соглашенія между родителями для этого не достаточно [1]).

Смертью ребенка eo ipso прекращается алиментарная обязанность отца. Уплативъ издержки на погребеніе, онъ освобождается отъ всякой отвѣтственности [2]).

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Наслѣдственныя права незаконнорожденныхъ.

Кромѣ алиментарныхъ правъ незаконныя дѣти имѣютъ еще опредѣленныя наслѣдственныя права. Прежде, чѣмъ говорить объ этихъ правахъ по дѣйствующему законодательству, мы коснемся нѣсколько исторіи ихъ.

Свѣдѣнія о наслѣдованіи въ Германіи въ древнѣйшее время крайне скудны. По Тациту у германцевъ различалось три класса наслѣдниковъ: дѣти, братья и дяди умершаго. Но какъ распредѣляли между собою эти классы наслѣдство: обращалось ли вниманіе при распредѣленіи на свойство имущества, объ этомъ нѣмецкій историкъ умалчиваетъ.

Насъ занимающій вопросъ—призывались ли къ наслѣдованію неза-

---

[1]) Ст. 1863.

[2]) Вообще, хотя мать незаконнаго ребенка и является естественной охранительницей его правъ, но она не можетъ распоряжаться этими правами. Поэтому было бы лишено юридической силы соглашеніе между ею и незаконнымъ отцомъ, въ силу котораго послѣдній, за извѣстное вознагражденіе, освобождался бы отъ всякой къ нему претензіи.

[3]) Ст. 1871.

Digitized by Google

конныя дѣти—кажется, долженъ быть рѣшенъ отрицательно и вотъ почему. По свидѣтельству Тацита, бракъ былъ и тогда единственной формой семьи, а только семейная, кровная связь и служила основой призванія къ наслѣдованію (nullum testamentum). Это во первыхъ. Во вторыхъ. Форма брака была, по общему правилу, моногамической, а эта форма, какъ мы не разъ видѣли, крайне неблагопріятна для пріобрѣтенія незаконнорожденными какихъ бы то ни было правъ. Въ третьихъ, законъ о наслѣдствѣ позднѣйшаго времени показываетъ, что традиція была вообще не въ пользу незаконнорожденныхъ.

Въ дальнѣйшій періодъ судьба незаконнорожденныхъ улучшалась медленно. Изстари пріуроченное къ нимъ безправіе продолжало тяготѣть надъ ними. Мы видѣли, какъ жестоки были по отношенію къ незаконнорожденнымъ варварскіе законы. О правѣ наслѣдованія незаконныхъ дѣтей не было даже и рѣчи. Единственное исключеніе, и то на короткое время, представляли законы ломбардцевъ, дававшіе незаконнорожденному по смерти его отца право на половину доли законнаго дитяти. Но это исключеніе, какъ мы видѣли, было чужеземнымъ вліяніемъ.

Это лишеніе незаконнорожденныхъ наслѣдственныхъ правъ касалось не только законнаго, но и завѣщательнаго перехода. Только подарить при жизни могъ незаконный отецъ своему дитяти, но для этого требовалась непосредственная передача подареннаго.

Это безправіе незаконнорожденныхъ въ сферѣ наслѣдства усиливалось еще оттого, что не только они не наслѣдовали своимъ родственникамъ, но и родственники послѣ нихъ не могли наслѣдовать. Мы говоримъ о такъ называемомъ Bastardenfall, т. е. о правѣ короля наслѣдовать въ имуществѣ незаконнорожденнаго.

Улучшеніе въ судьбѣ незаконнорожденныхъ началось, съ принятіемъ въ Германіи римскаго права, хотя и оно далеко не сразу улучшило ихъ положеніе. На нихъ все продолжало лежать пятно рожденія и глоссаторы охотно комментировали законы въ этомъ смыслѣ. Это запятнанное состояніе было причиной того, что незаконнорожденныхъ не допускали въ духовное званіе и въ духовные ордена, для нихъ былъ закрытъ доступъ во многія почетныя должности.

Что касается наслѣдственныхъ правъ, то принятіе Corpus juris civilis существенно, хотя и неодновременно, поправило положеніе не-

Digitized by Google

законнорожденныхъ. Онѣ могли наслѣдовать послѣ матери. а по нѣкоторымъ статутарнымъ правамъ, дозволено было законнымъ дѣтямъ незаконнорожденныхъ наслѣдовать и послѣ родственниковъ материнской стороны. Съ принятіемъ же римскаго права, нѣкоторые статуты стали давать незаконнорожденнымъ право наслѣдованія римскихъ liberi naturales, дѣтей конкубины. Это послѣднее нововведеніе тѣмъ быстрѣе распространялось, что оно не встрѣчало отпора въ нравахъ, такъ какъ въ древнее время конкубинатъ нѣкоторыми германскими племенами, напримѣръ, франками, лонгобардами, былъ практикуемъ весьма охотно; его не чуждались даже князья, дворянство и духовенство [1]).

Еще съ большею трудностью, какъ наслѣдованіе въ обыкновенномъ имуществѣ, пріобрѣтали незаконнорожденныя право наслѣдованія въ ленахъ. Для него, по общему правилу, требовалось рожденіе въ законномъ бракѣ; даже къ узаконеннымъ не могъ перейти по наслѣдству ленъ. Впослѣдствіе исключеніе было сдѣлано для однихъ лишь узаконенныхъ рескриптомъ. Туже исторію имѣло и право наслѣдованія фидеикоммисовъ [2]).

Древнесаксонское законодательство вполнѣ слѣдовало общегерманскимъ традиціямъ. Старѣйшій законодательный памятникъ Саксоніи —Sachsenspiegel обрекаетъ незаконнорожденныхъ на полное безправіе. Замѣчательно, что при этомъ оно ставитъ незаконныхъ дѣтей на одну доску съ лицами, совершившими тяжкое уголовное преступленіе и вообще пользующимися презрѣніемъ общества. [3]) Самое понятіе о неза-

---

[1]) Въ Германіи конкубинатъ оффиціально былъ прекращенъ Reichsgesetzgebung, въ особенности Reichs-Polizei Ordnung (Augsburg) 1530, что, впослѣдствіи, подтверждено Тридентскимъ Соборомъ 1563. См. Gett. Theoretisch-praktische Ausführungen zur Lehre über die rechtlichen Verhältnisse bezüglich der ausserehelichen Kinder so wie der Deflarations-Entschüdigung. S. 334 ff.

[2]) О наслѣдованіи незаконнорожденныхъ въ древней Германіи. См. Gett, стр. 315—387 и Zoepfl.-Deutsche Rechtsgeschichte. Dritte Auflage. S. 583, 770, 771, 650—655.

[3]) Вотъ относящаяся сюда характеристическая статья: „Kemphen (бойцы) und ire kindere und alle die unêheliche geborn sin und spillûte (скоморохи) und die dûbe oder roub sûnen oder wider gebn (входящіе въ стачку съ ворами и грабителями) und sie des vor gerichte verwunden werden (обвиненные судомъ) oder die ir lip (тѣло, жизнь) hût (кожа) oder hâr (волоса) ledigen, (то

Digitized by Google

коннорожденности далеко шире настоящаго: такъ незаконнорожденный не только самъ считается unecht, но и его дѣти, хотя бы рожденныя въ бракѣ, всегда остаются таковыми [1]), но это правило не распространяется однако на женщинъ, которыя, будучи сами незаконнорожденными, могли посредствомъ брака пріобрѣсть законное потомство [2]).

Послѣ этой общей характеристики правъ незаконнорожденныхъ, вполнѣ понятны статьи, говорящія, что незаконныя дѣти не могутъ наслѣдовать ни послѣ отца, ни послѣ матери, а равно воспрещающія и законнымъ родственникамъ родителей наслѣдовать послѣ незаконнорожденныхъ [3]).

Отличаясь строгостью въ своихъ національныхъ постановленіяхъ, саксонское право неохотно дѣлало и заимствованія изъ чужихъ законодательствъ, относящихся снисходительно къ незаконнорожденнымъ.

Такъ въ Саксоніи особенно туго прививалось усвоенное въ другихъ частяхъ Германіи право наслѣдованія незаконнорожденныхъ какъ liberi naturales [4]). Еще съ большею трудностію пріобрѣтали онѣ право наслѣдованія въ ленахъ [5]).

есть, откупившіеся деньгами отъ наказанія) die sint alle rechtetôs. Der Sachsenspiegel nach der ältesten Leipziger Handschrift herausgegeben von Prof. Dr. Julius Weiske. 5 Auflage. Leipzig. 1877. B. I. A. 38. § 1. Только въ одномъ случаѣ—именно, когда рѣчь идетъ о правѣ на судебный поединокъ, Зеркало выдѣляетъ незаконнорожденныхъ изъ общей массы безправныхъ людей: Al sî ôuch ein man, ein speleman oder unêlîche geborn, her en ist doch dîbes noch roubêres genôz nicht, als man kemphen ûf in leiten müge. B. I. A. 50. § 2.

[1]) Только за особый военный подвигъ могъ онъ пріобрѣсть правоспособность, а вмѣстѣ съ тѣмъ и право имѣть законныхъ дѣтей. Êlîche kindere mac der unechte man sider mêr nicht gewinnen, her injostiere vor des keisers chare, dû her einen andern küng mit strite bestê (то есть сражавшійся побѣдоносно подъ предводительствомъ короля) *sô gevinnet her sîn recht wider*. B. I. 38, § 3.

[2]) ...ist sie (wîb) kebes sie mag êhelichen man nemen und mac kinder iemer dâr binnen gewinnen. B. I. A. 51. § 2.

[3]) Sachsenspiegel, B. I. A. 38. § 1. Man sagt, daz ehein kint sîner mûter kebeskint en sie; *des en ist doch nicht*. B. I. A. 51. § 2. Êlich man noch êlich wîb en nimt ouch unêliches mannes erbe nicht. B. I. A. 51. § I.

[4]) Schmidt B. II. § 153. Windscheid. B. III. § 126.

[5]) Gett. стр. 375, 376, 379, 380 и 383.

Digitized by Google

Эта строгость закона была обходима уже древнею саксонскою практикою, которая допускала возможность наслѣдованія незаконнорожденныхъ послѣ матери и ея родственниковъ. [1]). Съ принятіемъ римскаго права, этотъ обычай практики сталъ закономъ.

Въ послѣднее время дѣйствовавшее доредакціонное законодательство, при опредѣленіи наслѣдственныхъ правъ, отличало еще римское дѣленіе незаконнорожденныхъ на spurii, vulgo quaesiti, adulterini и incestuosi, хотя уже въ доредакціонномъ законодательствѣ римскія постановленія о незаконнорожденныхъ перестали дѣйствовать. Только spurii и vulgo quaesiti имѣли полныя наслѣдственныя права, т. е. наслѣдовали послѣ матери какъ законныя дѣти, остальные два вида лишены были правъ наслѣдованія даже и послѣ матери, а пользовались лишь алиментарными правами. Если, впрочемъ, хоть одинъ изъ родителей былъ въ простительномъ заблужденіи (bona fides), т. е. не зналъ, что другой въ бракѣ или что близкій родственникъ, то и послѣдніе два вида незаконнорожденныхъ имѣли права наслѣдованія первыхъ.

Дѣйствующее саксонское законодательство, хотя и признаетъ алиментарную обязанность за отцомъ и даже за его наслѣдниками, но наслѣдственныхъ правъ незаконнорожденному послѣ отца и его родственниковъ не даетъ. Незаконное родство, въ семъ случаѣ, отрицается и отрицается на столько, что если въ нисходящей линіи между наслѣдодателемъ и претендентомъ на наслѣдство окажется одинъ незаконнорожденный родственникъ, то претендентъ наслѣдства получить не можетъ [2]). Зато, что касается матери и ея родственниковъ, то незаконныя дѣти пользуются полными, а въ силу правила hereditas ab intestato reciproca est, и взаимными правами. Присемъ это право принадлежитъ имъ независимо отъ того, есть ли законные родственники или нѣтъ [3]). Только незаконные братья и сестры, хотя бы они были полнородными, наслѣдуютъ всегда какъ неполнородные, т. е. получаютъ лишь половину полнородныхъ [4]).

Таковое положеніе незаконнорожденныхъ въ строгомъ смыслѣ по саксонскому кодексу.

---

[1]) Gengler, Deutsches Privatrecht, S. 646 ff.—Schmidt. loc. cit.

[2]) Ст. 2016.

[3]) Ст. 2019.

[4]) Ст. 2020, 2031.

Digitized by Google

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Узаконеніе.

Законъ ограничиваетъ права незаконнорожденныхъ въ виду одного только, но, безъ сомнѣнія, вѣскаго соображенія—въ виду покровительства законному браку. Тамъ, гдѣ это соображеніе устраняется, большая часть законодательствъ уравниваетъ права незаконнорожденныхъ съ законнорожденными или, говоря технически, *узаконяетъ* незаконнорожденныхъ. Поэтому узаконеніе прежде всего имѣетъ мѣсто тогда, когда родители незаконнорожденнаго, хотя и послѣ рожденія послѣдняго, соединились законнымъ бракомъ. Этотъ видъ узаконенія ведетъ свое начало еще со времени римскаго права и носитъ названіе *узаконенія чрезъ послѣдующій бракъ* (legitimatio per subsequens matrimonium.

На этомъ способѣ узаконенія законодательство, впрочемъ, не остановилось. Случается, что бракъ между родителями незаконнорожденнаго, даже при всемъ ихъ желаніи, невозможенъ, а между тѣмъ, въ глазахъ законодателя, узаконеніе было бы дѣломъ вполнѣ справедливымъ. На такіе случаи созданъ особый видъ узаконенія—такъ называемое *узаконеніе чрезъ рескриптъ* (legitimatio per rescriptum principis), видъ вспомогательный и дѣйствующій не ipso jure, а лишь въ силу особаго усмотрѣнія суверена. Именно, по правиламъ этого узаконенія, предоставляется лицамъ, имѣющимъ незаконное дитя или самому незаконнорожденному просить законодателя объ изданіи спеціальнаго закона, который бы устранилъ на сей разъ силу закона общаго, лишающаго незаконнорожденнаго семейныхъ правъ.

Мы разсмотримъ сначала узаконеніе чрезъ послѣдующій бракъ, а потомъ узаконеніе чрезъ рескриптъ.

Нѣмецкое право древнѣйшаго періода бѣдно свѣдѣніями относительно узаконенія. О немъ мы находимъ нѣкоторыя постановленія лишь *въ лонгобардскомъ* правѣ, да и здѣсь говорится только объ одномъ видѣ незаконнорожденныхъ—liberi naturales—и притомъ рожденныхъ только женщиной несвободнаго класса (ancilla). Эти liberi naturales могли пріобрѣсть права законнорожденности двумя путями: или дарованіемъ свободы рабѣ, что дѣлало ее законной женой бывшаго ея господина, или же особымъ торжественнымъ актомъ (ting), что могло, впрочемъ,

Digitized by Google

имѣть мѣсто лишь съ согласія законныхъ дѣтей узаконяющаго. Оба вида узаконенія не влекли за собою полнаго приравненія незаконнорожденнаго къ законнымъ дѣтямъ, такъ какъ онъ наслѣдовалъ своему отцу лишь въ неполной долѣ.

Въ источникахъ права средневѣковаго періода узаконеніе является уже какъ институтъ, до извѣстной мѣры, установившійся. Саксонское Зеркало, впрочемъ, отказываетъ узаконеннымъ въ какихъ бы то ни было правахъ. Его главное положеніе, что никто не можетъ имѣть другихъ правъ кромѣ тѣхъ, которыя ему принадлежатъ по рожденію [1]). Напротивъ Швабское Зеркало знаетъ уже оба вида узаконенія и требуетъ для узаконенныхъ всѣхъ тѣхъ же правъ, что и для законнорожденныхъ, не исключая даже и правъ на аллодіальную и ленную собственность, что, какъ извѣстно, считалось высшей мѣрой правоспособности. При этомъ швабскій законъ говоритъ, что вообще въ вопросахъ объ узаконеніи рѣшителемъ должно быть каноническое право. Что же касается сего послѣдняго, то взглядъ его на узаконеніе принципіально отличается отъ взгляда римскаго права на сей предметъ. Тогда какъ римское право, по силѣ юридической фикціи, переносило дѣйствіе узаконенія отъ момента брака къ моменту рожденія дитяти, каноническое право видѣло въ узаконеніи лишь обнародованіе уже существовавшаго брачнаго соглашенія (consensus nuptialis) и даже существовавшаго тайнаго брака, (matrimonium clandestinum) Отсюда для каноническаго права узаконенныя чрезъ послѣдующій бракъ суть не legitimati, а legitimi; legitimati же оно называетъ лишь узаконенныхъ рескриптомъ.

Для того чтобы видимымъ образомъ заявить это приравненіе незаконныхъ дѣтей къ законнымъ, церковь создала даже особые обряды. Такъ узаконяемыхъ или подводили подъ книгу каноновъ (Missalbuch), откуда ихъ называли Buchkinder, или подъ покровъ алтаря (unter die

---

[1]) Nieman en mag erwerben ander recht, wen als im angeborn ist. B. I. A. 16. § 1. Swâ kint ist vrî und echt, dâ beheldet ez sînes vater recht. Ibid. § 2.

Swer sô eines mannes wîb behûret offenbâre, oder wîb oder magt nôtigit, nimt her sie dar nâch zû der ê, êlîche kintgewinnet her nummer bî ir. B. I. A. 37.

Digitized by Google

Decke des Altars), или прикрывали верхнимъ платьемъ матери (Mantel) —Mantelkinder, или же опоясывали ея поясомъ.

Вообще, говоря объ узаконеніи, надо сказать, что въ германской юридической жизни можно въ семъ случаѣ усматривать два тока— токъ національный, нѣмецкій, относившійся враждебно къ узаконенію и токъ римскаго и каноническаго правъ, ему благопріятствовавшій. Особенно упорно отстаивали охранители германскаго направленія отказъ узаконеннымъ въ правѣ наслѣдованія въ ленахъ (ленныя права: лонгобардское, аллеманское и саксонское) и въ чисто родовыхъ имѣніяхъ (Stammgut, Familien—fideicommis). Однако весь юридическій строй, въ лицѣ своихъ лучшихъ представителей, все болѣе и болѣе отклонялся отъ національнаго обычнаго права и тянулъ къ праву римскому, а вмѣстѣ съ тѣмъ узаконеніе чрезъ послѣдующій бракъ все болѣе и болѣе завоевывало себѣ поле дѣйствія [1]).

Дѣйствующее саксонское законодательство, относительно узаконенія чрезъ послѣдующій бракъ, построено, главнымъ образомъ, на началахъ, данныхъ мандатомъ 17 іюня 1819 года. По настоящему кодексу всѣ виды незаконныхъ дѣтей ipso jure узаконяются послѣдующимъ бракомъ ихъ родителей, все равно—была ли мать обручена съ своимъ будущимъ супругомъ или нѣтъ (слѣдовательно, не только одни, такъ называемыя, Brautkinder) безразлично также, была ли она замужемъ за другимъ мужчиной, когда родился узаконяемый, или она была незамужней (слѣдовательно, и дѣти, рожденныя въ прелюбодѣяніи), независимо даже отъ того, существовало ли между родителями родство или нѣтъ (слѣдовательно, и рожденныя въ кровосмѣшеніи) [2]). Однако относительно послѣднихъ двухъ видовъ незаконнорожденныхъ т. е. adulterini и incestuosi надо замѣтить, что онѣ узаконялись не безусловно. Именно такимъ условіемъ является всегда наличность слѣдующаго факта —узаконеніе возможно тамъ, гдѣ возможенъ законный бракъ. Поэтому не всѣ, рожденныя отъ прелюбодѣянія, могутъ быть узаконены, хотя, съ другой стороны, и кровосмѣшеніе не служитъ еще абсолютнымъ препятствіемъ для узаконенія. Такъ если мужчина, прижившій ребенка съ замужней женщиною, и эта послѣдняя, еще при существованіи

---

[1]) Zoepfl. S. 631, 632, 652, 653, 654, 689, 690. Gett., 363—369.

[2]) Ст. 1780.

Digitized by Google

прежняго ея супружества, условились между собою заключить бракъ, то дитя, рожденное отъ него не узаконяется, такъ какъ и самый бракъ между этими лицами невозможенъ [1]). Равно не могутъ быть узаконены и тѣ incestuosi, которыя произошли отъ связи между родственниками, родство которыхъ не допускаетъ брака между ними, даже и съ разрѣшенія соотвѣтственной власти. Впрочемъ, такъ называемый Putativehe всегда равняется законному и притомъ достаточно, чтобы хоть одна сторона была въ заблужденіи относительно законности брака, чтобы дѣти были узаконены такимъ бракомъ [2]).

Всѣ указанные виды незаконнорожденныхъ узаконяются послѣдующимъ бракомъ, при несомнѣнности факта, что мужчина, женившійся на матери ихъ—ихъ отецъ, причемъ, для доказательства этого факта, достаточно признанія его со стороны супруга матери, а это признаніе, какъ и при рожденіи дитяти въ бракѣ, всегда предполагается до доказательства противнаго. Самый протестъ и здѣсь ограниченъ срокомъ, именно трехъ-мѣсячнымъ со дня заключенія брака, и признаніе, разъ сдѣланное, остается навсегда безповоротнымъ [3]).

Бракомъ узаконяются, кромѣ дѣтей, рожденныхъ до брака, еще и дѣти, рожденныя въ бракѣ, которыя, согласно зачаточному (концепціонному) сроку, родились слишкомъ рано (раньше 182 дней), чтобы считать ихъ зачатыми въ бракѣ [4]).

Непремѣннымъ условіемъ узаконенія и въ этомъ случаѣ есть признаніе дитяти своимъ со стороны мужа. Причемъ и здѣсь достаточно одного лишь предполагаемаго или подразумѣваемаго признанія. Относительно этого послѣдняго ст. 1777 говоритъ такъ: „подразумѣваемое признаніе надо принимать въ томъ случаѣ, если мужъ, предъ заключеніемъ брака, зналъ о беременности своей невѣсты и не протестовалъ, при заключеніи брака, противъ отчества, или если онъ, (его наслѣдники) не воспользовались предоставленнымъ имъ 90-дневнымъ срокомъ для заявленія протеста суду“. Въ статьѣ, такимъ образомъ,

---

[1]) Ст. 1616.

[2]) Ст. 1782.

[3]) Въ ст. 1856 сказано: противъ отца, отказывающагося признать его законное дитя своимъ, право иска о признаніи принадлежитъ матери ребенка. См. ст. 1774—1778 и комментарій къ нимъ у Siebenhaar'a.

[4]) Ст. 1776.

Digitized by Google

указаны два различныхъ случая. Мужъ знаетъ до брака о беременности невѣсты и узнаетъ объ этомъ лишь по заключеніи брака. Въ первомъ случаѣ онъ, не желая быть признаннымъ отцемъ ребенка, обязанъ заявить объ этомъ, при самомъ заключеніи брака; во второмъ онъ долженъ сдѣлать это, предъ подлежащимъ судомъ, въ теченіи, предоставленнаго ему закономъ, 90-дневнаго срока, но онъ не можетъ для перваго случая воспользоваться средствами, данными для втораго, т. е. зная, что невѣста беременна, не протестовать при бракѣ и лишь послѣ рожденія ребенка донести о томъ суду [1]).

Относительно юридической силы признанія надо однако замѣтить, что она небезусловна. Законъ говоритъ: признаніе, сдѣланное отцемъ, не вредитъ правамъ третьихъ лицъ и дитяти т. е. и первыя, и второе могутъ всегда протестовать противъ этого признанія [2]). Подобные случаи, хотя и рѣдки, но возможны, такъ какъ этимъ узаконеніемъ отецъ пріобрѣтаетъ извѣстныя имущественныя выгоды.

Узаконенныя послѣдующимъ бракомъ пріобрѣтаютъ всѣ права законныхъ дѣтей со дня заключенія брака. Слѣдовательно, онѣ пользуются именемъ отца [3]), получаютъ отъ него содержаніе [4]), поступаютъ подъ его власть [5]), а послѣ его смерти наслѣдуютъ ему [6]). Съ другой стороны, отецъ получаетъ право пользованія и управленія дѣтскимъ имуществомъ [7]). Но все это, какъ говоритъ законъ, имѣетъ мѣсто, лишь со дня заключенія брака; слѣдовательно, если отецъ, во время заключенія брака, уже имѣлъ законныхъ дѣтей, то узаконенныя не пріобрѣтаютъ правъ первородства [8]). Равно, онѣ, стало быть, не будутъ имѣть и правъ на наслѣдство, открывшееся до узаконенія ихъ, т. е. до заключенія брака ихъ родителями (но извѣстное участіе въ этомъ наслѣдствѣ онѣ могутъ имѣть какъ Brautkinder, если онѣ были таковыми въ періодъ открытія наслѣдства).

---

[1]) Что касается спора противъ законнорожденности этихъ дѣтей, то здѣсь неважно обстоятельство, имѣла ли мать въ концепціонный срокъ половое сношеніе еще и съ другими мужчинами кромѣ своего мужа или нѣтъ. Siebenhaar, Lehrbuch. d. Sächsischen Rechts, § 229. Старый дореда-кціонный законъ предоставлялъ въ семъ случаѣ мужу право регресса противъ прочихъ конступраторовъ. Siebenhaar. Commentar, § 1780.

[2]) Ст. 1778. [3]) 1081. [4]) 1837, 1846. [5]) 1808. [6]) 2018. [7]) 1808, 1811.

[8]) Siebeohaar, Commentar. § 1780.

Digitized by Google

Узаконенныя послѣдующимъ бракомъ пріобрѣтаютъ права родственныя не только по отношенію къ родителямъ, но и къ родственникамъ послѣднихъ, все равно отцовской или материнской стороны. Эти права распространяются и на законныхъ потомковъ, (а что касается незаконной дочери, то и на незаконныхъ потомковъ) незаконныхъ дѣтей, даже если эти послѣднія умерли до брака ихъ родителей [1]).

Параллельно съ этимъ признаніемъ родства, законъ признаетъ какъ полныя семейственныя права узаконяемыхъ послѣдующимъ бракомъ, (т. е. взаимныя алиментарныя права) [2]), такъ и взаимныя съ ихъ родственниками права наслѣдственныя [3]).

Второй способъ узаконенія незаконнорожденныхъ дѣтей есть *узаконеніе по волѣ монарха* (ligitimatio per rescriptum principis Ehelichsprechung). Этотъ видъ узаконенія встрѣчалъ въ Германіи еще меньше сочувствія, чѣмъ предыдущій. Національный нѣмецкій элементъ здѣсь оказался особенно живучимъ и даже тогда, когда другіе институты семейственнаго права явно поддались вліянію римскаго закона, legitimatio per rescriptum principis осталась вѣрной старой традиціи. Основнымъ же воззрѣніемъ стараго времени было правило, что узаконенныя рескриптомъ не могутъ достичь полнаго приравненія къ законнымъ дѣтямъ. Такъ еще Швабское Зеркало держалось мнѣнія, что рескриптъ можетъ изгладить пятно рожденія дитяти и дать ему права наслѣдованія послѣ отца, но и только —въ правѣ наслѣдовать послѣ родственниковъ отца оно рѣшительно отказывало [4]).

Также несочувственно, какъ старый законъ, относилась къ этимъ узаконеннымъ и судебная практика. При столкновеніи правъ ихъ съ

---

[1]) Ст. 1781. Но что касается незаконнаго сына, то его незаконныя дѣти не узаконяются послѣдующимъ бракомъ его родителя. Для этой цѣли онъ долженъ самъ узаконить ихъ.

[2]) Ст. 1780, 1837.

[3]) Ст. 2118, 2566.

[4]) Eein êkint mac der man mit unê nimer gewinnen gewinnet. aber in man ein sun unelichen. den mac der pabest wol zeinem êkinde machen. und och der keiser nach sinem rehte, aber weder best noch keiser die mugen in daz reht nimer geben. daz si ir mage, (боковые родственники) geerben mugen, als ob si in ir muter—libe êkint warin gewesin. Schwabenspiegel. C. 47.

Digitized by Google

правами законныхъ дѣтей или другихъ законныхъ родственниковъ, по общему обычаю ея, рескриптъ не могъ гарантировать узаконеннаго.

Съ этимъ мнѣніемъ суда были согласны и нѣкоторые правовѣды, не стѣсняясь, протествовавшіе противъ права королей узаконять, называя его пріобрѣтеннымъ хитростью [1]).

Не взирая на этотъ протестъ суда и науки, короли и папы настойчиво преслѣдовали цѣль, предоставляя узаконеннымъ ихъ рескриптами полныя права, даже право наслѣдованія въ аллодіальной собственности и въ ленахъ. На ихъ сторонѣ были и нѣкоторые ученые, толковавшіе книги законовъ въ пользу этого права королей. Однако въ XV-мъ столѣтіи случаи узаконенія чрезъ рескриптъ были, всетаки, рѣдки. Только со времени Карла IV, установившаго званіе такъ называемыхъ Hof-Pfalz-Grafen, (comites sacri palatii), которымъ, между прочимъ, было предоставлено право узаконять рескриптомъ, и съ умноженіемъ числа этихъ графовъ при Фридрихѣ III, это узаконеніе стало практиковаться чаще. Впослѣдствіи это право было предоставлено даже отдѣльнымъ нѣмецкимъ сословіямъ (einzelnen deutschen Reichsständen). Но и переставая быть рѣдкимъ, узаконеніе рескриптомъ, тѣмъ не менѣе осталось вѣрнымъ своей первоначальной идеѣ, т. е. пребывало лишь неполнымъ приравненіемъ незаконнорожденнаго къ законнымъ дѣтямъ отца [2]).

Съ этимъ характеромъ оно является и въ дѣйствующихъ германскихъ законодательствахъ [3]), а въ томъ числѣ и въ законодательствѣ Саксоніи.

По нынѣшнему саксонскому кодексу узаконеніе рескриптомъ построено на слѣдующихъ основаніяхъ. Незаконныя дѣти могутъ, по просьбѣ ихъ отца, пріобрѣсть права законныхъ посредствомъ рескрипта суверена. Если онѣ умерли, то эти права могутъ быть испрошены для ихъ законныхъ потомковъ [4]). Изъ статьи видно прежде всего, что и при этомъ способѣ узаконенія, какъ и при предыдущемъ, кодексъ не дѣлаетъ различія между видами незаконнорожденности. Слѣдовательно,

---

[1]) Die Glosse zum Sachsenspiegel I, 44, см. Gett. стр. 369.

[2]) Gett, 369—372. Zoepfl, 654, 655, 689.

[3]) Gengler, 582, 583.

[4]) Ст. 1783.

Digitized by Google

и рожденныя отъ прелюбодѣянія [1]) и даже отъ кровосмѣшенія могутъ быть узаконены рескриптомъ. Надо думать однако, что и здѣсь, какъ и при узаконеніи чрезъ бракъ, это право предоставлено не всѣмъ incestuosis, а лишь тѣмъ, которыя родились отъ кровосмѣшенія между родственниками, между которыми былъ возможенъ бракъ, хотя и съ разрѣшенія подлежащей власти (dispensibile Ehehindernisse). Въ пользу этого мнѣнія говоритъ тотъ фактъ, что, въ противномъ случаѣ, пришлось бы допустить возможность не только узаконенія, но и помилованія за совершенное преступленіе—обстоятельство, вовсе не лежащее въ смыслѣ этого закона. Съ другой стороны, если узаконенію подлежащимъ бракомъ, которому, во всякомъ случаѣ, законъ явственно предоставляетъ всѣ льготы, отказано въ такой силѣ, то тѣмъ болѣе узаконенію чрезъ рескриптъ, которое, видимо, отодвинуто на второй планъ.

Право просить объ этомъ узаконеніи предоставлено, главнымъ образомъ, отцу, такъ какъ conditio sine qua non и этой legitimatio признаніе узаконяемаго ребенка своимъ. Впрочемъ, если отецъ въ завѣщаніи высказалъ волю имѣть свое незаконное дитя узаконеннымъ, то хлопотать объ этомъ могутъ послѣ смерти отца другія дѣти или ихъ мать [2]).

Со стороны узаконяемой должно быть дано согласіе на узаконеніе. Это согласіе даетъ самъ узаконяемый, если ему исполнилось 14 лѣтъ, въ противномъ случаѣ, даетъ за него опекунъ; какъ и вообще не можетъ быть совершено узаконеніе мимо вѣдѣнія опекунскаго суда, если узаконяемый, по малолѣтству или по другимъ причинамъ, подъ опекой [3]).

Кромѣ этихъ лицъ, если дитя рождено отъ прелюбодѣянія, и если жена прелюбодѣя еще живетъ съ нимъ въ бракѣ, то для узаконенія этого дитяти, нужно согласіе и жены [4]). (Мимо сего, слѣдовательно, для этого узаконенія достаточно воли мужа или что тоже отца ребенка).

Этотъ видъ узаконенія въ саксонскомъ законодательствѣ характеристически отличается отъ римскаго тѣмъ, что онъ возможенъ неза-

---

1) Ст. 1786 подтверждаетъ такое толкованіе.

2) Ст. 1784.

3) Ст. 1785.

4) Ст. 1786.

Digitized by Google

висимо отъ того, есть-ли законныя дѣти у отца или нѣтъ и независимо отъ того, возможно-ли узаконеніе бракомъ или нѣтъ.

Что касается *процедуры* узаконенія, то она заключается въ слѣдующемъ. Просьба объ узаконеніи подается въ судъ 1-й инстанціи (Untergericht) и отсюда съ мнѣніемъ препровождается въ Министерство Юстиціи (прежде она шла еще въ Bezirksappelationsgericht), которое дѣлаетъ докладъ суверену [1]).

Относительно *дѣйствія* этого узаконенія надо сказать, что оно даетъ узаконенному права родства только по отношенію къ отцу, но не по отношенію къ его восходящимъ и боковымъ родственникамъ, развѣ эти послѣдніе дали согласіе на узаконеніе. Мимо этого, по отношенію къ указаннымъ лицамъ, узаконенныя рескриптомъ не имѣютъ ни правъ на алименты, ни правъ наслѣдственныхъ [2]). Эти послѣднія онѣ имѣютъ въ слѣдующихъ размѣрахъ: онѣ наслѣдуютъ 1) отцу, какъ законныя дѣти и на равныхъ правахъ съ ними, хотя бы послѣднія уже существовали во время узаконенія, 2) законнымъ дѣтямъ ихъ отца, безъ различія родившихся до или послѣ узаконенія, но какъ неполнородныя, 3) другимъ узаконеннымъ рескриптомъ дѣтямъ ихъ отца, какъ полнородныя или неполнородныя, смотря по тому, родились ли онѣ отъ одной матери съ первыми или нѣтъ и, наконецъ, 4) законнымъ нисходящимъ указанныхъ выше братьевъ (№ 2 и № 3) и законнымъ и незаконнымъ нисходящимъ тамъ же указанныхъ сестеръ [3]).

Само собой разумѣется, что узаконенный рескриптомъ, какъ и узаконенный послѣдующимъ бракомъ, пріобрѣтаетъ права по узаконенію лишь со дня узаконенія. Поэтому, между прочимъ, законъ говоритъ, что если, въ завѣщаніи будетъ распредѣлено имущество и

---

1) Siebenhaar, Lehrbuch стр. 229 и слѣд.

2) Ст. 1841, 2023.

3) Ст. 2022. По прежнему праву узаконенныя рескриптомъ не пріобрѣтали правъ наслѣдованія отцу, если объ этомъ не было положительно сказано въ грамотѣ узаконенія. Зато если въ ней, хотя въ общихъ выраженіяхъ, было упомянуто о наслѣдственныхъ правахъ узаконяемаго, то онъ наслѣдовалъ какъ законное дитя. Теперь, какъ мы видѣли, узаконеніе ipso jure влечетъ за собою извѣстныя наслѣдственныя права для узаконеннаго, грамота же можетъ лишь видоизмѣнить ихъ. Siebenhaar, Commentar, § 1785.

Digitized by Google

установлены законныя доли, а потомъ, вслѣдствіе узаконенія, явится новый претендентъ, то завѣщаніе, всетаки, остается въ прежней силѣ [1]).

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Усыновленіе.

Кромѣ указанныхъ двухъ видовъ узаконенія, саксонское законодательство знаетъ еще третій. Это—усыновленіе (Annahme an Kindesstatt). Отецъ можетъ взять свое незаконное дитя вмѣсто сына или вмѣсто дочери и тѣмъ узаконить его.

Усыновленіе германскаго права, а въ томъ числѣ и саксонскаго, отличается отъ римской adoptio, какъ по своей основной идеѣ, такъ и по своему дѣйствію. Для древняго римлянина adoptio была средствомъ въ адоптируемомъ создать человѣка, который послѣ смерти усыновителя былъ бы преемникомъ его имени, его культа, словомъ его политическаго и религіознаго я. Сообразно съ такой высокой ролью института, назначенной ему послѣ смерти установителя, adoptio надо было обставить, и, дѣйствительно, она была обставлена строгими условіями и при жизни послѣдняго. Это былъ, можно сказать, суррогатъ тѣхъ отношеній, которыя существовали между естественными родителями и дѣтьми. Здѣсь' съ одной стороны, римскій законъ, какъ онъ самъ характерно выражается, подражалъ природѣ, (imitatio naturam), а съ другой, копировалъ тѣ mores, которые практиковались между естественнымъ отцемъ и его сыномъ. Съ первой цѣлью въ Римѣ было воспрещено кастратамъ не только жениться, но и усыновлять, со второй—римское законодательство надѣляло усыновителя patria potestas, той властью, о которой хвастливо восклицаетъ юристъ древняго Рима: quod jus proprium civium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus [2]). А такъ какъ эта власть была достояніемъ лишь одного мужскаго пола, то женщины, по общему правилу, не могли усыновлять, по общему же правилу, онѣ не могли быть и усыновляемы, какъ не спо-

---

[1]) Ст. 2601.

[2]) Gai. I, 55.

Digitized by Google

собныя получать по преемству patria potestatem и связанныхъ съ нею сакральныхъ правъ.

На основаніи того, что усыновленіе, по своей идеѣ, было средствомъ создать отеческую власть, оно не допускалось тамъ, гдѣ она уже существовала или даже могла существовать; поэтому имѣвшій или могшій имѣть собственныхъ дѣтей не могъ быть усыновителемъ, равно не дозволялось усыновлять болѣе одного лица.

Въ силу подчиненія patriae potestati, усыновленный дѣлался агнатомъ всѣхъ агнатовъ усыновителя, а, слѣдовательно, и пріобрѣталъ права наслѣдованія не только послѣ него, но и послѣ ихъ.

Patria patestas была учрежденіемъ чисто семейственнаго, непрерывнаго характера, а, слѣдовательно, съ существованіемъ ея были несовмѣстимы ни условія, ни сроки, а посему и adoptio не подлежала этимъ ограниченіямъ. Nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere [1]).

Отеческая власть могла прекратиться лишь по волѣ обладателя ея, когда онъ эманципировалъ своего сына. Поэтому такимъ же способомъ прекращалось и усыновленіе.

Параллельно съ этимъ матеріальнымъ значеніемъ римскаго усыновленія, оно было сопровождаемо и соотвѣтственной формой. Adoptio была, по крайней мѣрѣ, въ древнее время, чисто законодательнымъ актомъ. Римлянинъ, желавшій усыновить своего согражданина, заявлялъ объ этомъ въ народномъ собраніи, и только санкція сего послѣдняго считалась для сей цѣли достаточной. Когда Римъ сталъ имперіей, то усыновленіе производилось посредствомъ рескрипта. Только впослѣдствіи времени возникло усыновленіе съ менѣе строгой формой— съ формой сдѣлки въ судѣ между отцемъ усыновляемаго и усыновителемъ. Это усыновленіе, только по исключенію, создавало отеческую власть и сопровождалось изложенными выше послѣдствіями. Такимъ образомъ, установилось въ Римѣ различіе между arrogatio и adoptio въ тѣсномъ смыслѣ [2]).

Не съ такимъ характеромъ является усыновленіе нѣмецкое.

---

[1]) Labeo fr. 34. D. I, 7 de adoptionibus.

[2]) Windscheid. B. II, 920—924. Kuntze, Institutiones und Geschichte des Römischen Rechts. Leipzig, 1869. S. 599—601.

Digitized by Google

Annahme an Kindesstatt никогда не ставило себѣ задачею созданіе отеческой власти. Это былъ институтъ, имѣвшій цѣлью интересы усыновляемаго, а не усыновляющаго. Идея его—чисто имущественнаго характера. Лицо, не имѣвшее собственныхъ законныхъ дѣтей, брало чужаго въ качествѣ наслѣдника, чѣмъ устранялись отъ наслѣдства всѣ прочіе родственники. Съ такимъ характеромъ возникаетъ усыновленіе, съ такимъ же продолжаетъ жить оно и дальше. Только въ позднѣйшее время, какъ особый видъ Annahme, къ нему присоединилось такъ называемая Einkindschaft, объединеніе дѣтей. Она возникла изъ необходимости дать права на имущество умершаго супруга супругу, оставшемуся въ живыхъ и вступающему въ новый бракъ. Въ силу этой Einkindschaft всѣ дѣти отъ перваго брака считаются какъ бы происшедшими отъ втораго и, слѣдовательно, усыновляются своимъ вотчимомъ или мачихой.

Отличаясь по существу отъ римской adoptio, германское усыновленіе отличалось всегда отъ нея и по формѣ. Оно никогда не носило на себѣ того законодательнаго величія, какъ въ древнемъ Римѣ.

Annahme была актомъ чисто судебнымъ. Усыновитель и усыновляемый являлись въ судъ, гдѣ новый отецъ вручалъ своему сыну щитъ и копьё, выражая тѣмъ пріобщеніе пріемыша къ своимъ правамъ. Затѣмъ слѣдовалъ трехдневный пиръ, что имѣло цѣлью придать публичность совершенному акту.

Рядомъ съ этою существовала и простая форма усыновленія въ видѣ обыкновеннаго письменнаго акта, per scripturarum seriem, имѣвшая значеніе передачи имущественныхъ правъ отъ усыновителя усыновляемому [1]).

Этотъ же характеръ имущественной сдѣлки положенъ во главу угла и саксонскаго законодательства, а рядомъ съ этимъ принципіальнымъ различіемъ, саксонское законодательство существенно отличается отъ римскаго и въ послѣдствіяхъ усыновленія.

Не кладя въ основу Annahme созданія отеческой власти, саксонское законодательство допускаетъ и въ усыновители, и въ усыновляемыя безразлично—какъ *мужчинъ* такъ и *женщинъ*, а равно не ограничиваетъ круга усыновителей только лицами, не имѣющими законнаго потомства,

---

[1]) Zoepfl. 627—631, 699, 702, 703, 705.

Digitized by Google

дозволяя его, какъ *для бездѣтныхъ, такъ и для имѣющихъ дѣтей.* Считая принятіе пріемыша сдѣлкой только строго личнаго характера, между усыновителемъ и усыновляемымъ, оно не даетъ пріемышу никакихъ правъ относительно родственниковъ перваго и наоборотъ—усыновленіе не порождаетъ никакихъ правъ для родственниковъ усыновителя по отношенію къ взятому вмѣсто сына.

Разсматривая усыновленіе, какъ договорное соглашеніе между усыновителемъ и усыновляемымъ, саксонскій кодексъ допускаетъ заключеніе его *подъ условіемъ и на срокъ*, а прекращаетъ только по обоюдной волѣ контрагентовъ; слѣдовательно, безъ всякаго вліянія эманципаціи. Наконецъ, послѣднее и существенное отличіе отъ римскаго права: саксонская Annahme есть *одинъ изъ способовъ узаконенія* незаконнорожденныхъ дѣтей усыновителя, что положительно воспрещалось римскимъ закономъ. Рядомъ съ этимъ, *форма* усыновленія саксонскаго законодательства есть *судебная* т. е. древнегерманскаго, а не римскаго права.

Переходя къ изученію самаго текста саксонскаго кодекса объ усыновленіи, мы разсмотримъ его въ такомъ порядкѣ: условія усыновленія—матеріальныя и формальныя, дѣйствіе и прекращеніе.

Для того чтобы заключить сдѣлку объ усыновленіи, лица, заключающія ее, должны соединять въ себѣ опредѣленныя условія. Во первыхъ, *усыновитель* (Annehmende) долженъ удовлетворять требованіямъ относительно возраста, какъ абсолютно, такъ и относительно усыновляемаго, а именно: долженъ быть не моложе 50-ти лѣтъ и, по крайней мѣрѣ, на 18 лѣтъ старѣе своего пріемыша [1]). Этимъ саксонскій кодексъ, съ одной стороны, хотѣлъ, подобно римскому, „подражать природѣ", а съ другой, предотвратить возможность какихъ либо матеріальныхъ расчетовъ на сторонѣ усыновителя, предполагая, что человѣкъ за 50 лѣтъ будетъ искать въ усыновляемомъ сына, а не доходной статьи.

Усыновляющій, состоящій въ бракѣ, долженъ непремѣнно имѣть согласіе другаго супруга на усыновленіе [2]). Этими постановленіями саксонскій законъ и ограничивается, при опредѣленіи условій для усы-

---

[1]) Ст. 1791.

[2]) Ст. 1795.

Digitized by Google

новленія. Ему неизвѣстны существовавшія въ римскомъ законодательствѣ и существующія доселѣ во французскомъ и италіанскомъ кодексахъ требованія, гарантирующія нравственную благонадежность усыновителя [1]).

Мы уже упоминали, что саксонскій кодексъ, вслѣдствіе своихъ принципіальныхъ особенностей не знаетъ существовавшаго въ Римѣ ограниченія женщинъ въ правѣ усыновлять.

Усыновленнымъ (Anzunehmende) можетъ быть всякое лицо, безъ различія пола и возраста; причемъ лица, достигшія 14 лѣтъ, должны дать на это собственное согласіе [2]) [3]). Всѣ же безъ исключенія пріемыши

[1]) Такъ римскій законъ постановлялъ, что усыновитель долженъ быть непремѣнно человѣкомъ честныхъ правилъ, а опекуну, до сдачи отчета по опекѣ, не позволялъ брать опекаемаго въ сыновья, чтобы отклонить тѣнь возможнаго въ семъ случаѣ подозрѣнія въ корыстныхъ расчетахъ опекуна. Windscheid B. II. 922. Французскій законъ предписываетъ суду 1-й инстанціи освѣдомляться si la personne, qui se propose d'adopter, joui d'une bonne reputation (ст. 355). Мало того, онъ допускаетъ въ усыновители только лицъ, которыя во время малолѣтства усыновляемаго, имѣли о немъ особое попеченіе, или же сами воспользовались такой услугой отъ пріемыша, которая бы доказывала необыкновенную преданность его усыновителю. La faculté d'adopter ne pourra être excercée qu'envers l'individu à qui l'on aura, dans sa minoritè et pendant six ans au moins, fourni des socours et donné des soins non interrompus, ou envers celui, qui aurait sauvé la vie à l'adoptant, soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou de flots. (Art. 345).

Италіанскій законъ повторяетъ требованіе французскаго закона относительно повѣрки нравственныхъ качествъ усыновителя. La corte, assante le opportune informazioni, verificherà: se colui che vuole adottare goda buona fama (Art. 215).

Въ саксонской законодательной книгѣ мы находимъ лишь постановленіе: Zu Verträgen zwischen dem Vormunde und dem Pflegbefohlenen, durch welche der Letztere verpflichtet werden soll, ist die Bestellung eines besonderen Vormundes für den Pflegbefohlenen uud die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erforderlich (ст. 1919); но это исключеніе относится ко всѣмъ сдѣлкамъ, гдѣ замѣшанъ интересъ опекуна, и никакъ нельзя основывать на немъ правила, что опекунъ не можетъ брать въ сыновья своего питомца до сдачи отчета по опекѣ, какъ то дѣлаетъ комментаторъ саксонскаго кодекса. См. Siebenhaar. § 1792.

[2]) Ст. 1794.

[3]) Съ этого возраста въ саксонскомъ законодательствѣ предоставляется

Digitized by Google

должны имѣть на усыновленіе *согласіе родителей* или лицъ, ихъ заступающихъ, т. е. дѣда или бабки, причемъ для незаконнорожденныхъ достаточно согласія только дѣда и бабки съ материнской стороны [1]). Состоящія же кромѣ сего подъ опекой нуждаются въ *согласіи опекуна*, которое должно быть утверждено опекунскимъ судомъ [2]). Если берется вмѣсто дитяти замужняя женщина, то она нуждается, кромѣ указанныхъ лицъ, еще и въ согласіи своего мужа [3]). Наконецъ, послѣднимъ условіемъ для усыновленія есть неусыновленное состояніе. Законъ говоритъ повелительно: никто не можетъ быть одновременно усыновленнымъ болѣе чѣмъ одной супружеской четой [4]) [5]).

Что касается порядка усыновленія или его *формальныхъ условій*, то они состоятъ въ слѣдующемъ. Усыновленіе обыкновенно совершается въ формѣ договора между берущимъ вмѣсто сына и усыновляемымъ. Но договоръ такой долженъ имѣть публичную форму, т. е. долженъ быть заключенъ въ судѣ или, по крайней мѣрѣ, утвержденъ судомъ. Компетентнымъ въ семъ случаѣ признается низшій судъ по мѣсту жительства усыновителя (Untergericht). Онъ разсматриваетъ законность договора и съ своимъ мнѣніемъ препровождаетъ его въ Министерство Юстиціи.

молодому человѣку свободное распоряженіе своею личностью. Такъ, съ исполненіемъ 14 лѣтъ, выборъ призванія (Beruf) зависитъ уже отъ самого малолѣтняго (ст. 1804). Замѣчательно, что италіанскій Codice Civile не дозволяетъ быть усыновленнымъ ранѣе 18-лѣтняго возраста (ст. 206, 323), а французскій кодексъ даже требуетъ непремѣнно полнаго совершеннолѣтія, т. е. 21 года (ст. 346, 388). Мотивъ этихъ ограниченій уже былъ указанъ: обезпечить за усыновленіемъ характеръ акта, имѣющаго цѣлью лишь выгоды малолѣтняго, а для того позволить его только въ такомъ возрастѣ, когда усыновляемый уже самъ можетъ взвѣсить эти выгоды.

[1]) Ст. 1793, 1571, 1572.

[2]) Ст. 1794. [3]) Ст. 1795.

[4]) Ст. 1792, Siebenhaar, § 1788.

[5]) Саксонское законодательство не позволяетъ брать *вмѣсто внука* (ст. 1788), какъ то дозволяется римскимъ правомъ. Вотъ какъ опредѣляетъ комментаторъ кодекса, причины почему взятіе вмѣсто внука не допускается: 1) ходатайствъ объ этомъ въ практикѣ не встрѣчалось, 2) взятіе вмѣсто внука, безъ усыновленія отца послѣдняго, немыслимо, по крайней мѣрѣ, это могло бы породить массу путаницы, принимая въ соображеніе, что Annahme разсматривается какъ договоръ. Siebenhaar, § 1788

Digitized by Google

Надо замѣтить, что роли суда здѣсь придано весьма существенное значеніе. Одного договора еще недостаточно, чтобы предоставить сторонамъ право ходатайства у суверна о санкціи заключеннаго ими акта [1]). Вѣроятно это сдѣлано въ виду того, что саксонскій законъ не устанавливаетъ никакихъ гарантій, обезпечивающихъ безкорыстное отношеніе къ сдѣлкѣ усыновителей. Широкое право суда выполняетъ недостаточность текста закона.

Изъ Министерства Юстиціи актъ объ усыновленіи поступаетъ на утвержденіе суверена [2]). Суверенъ дѣйствуетъ въ семъ случаѣ вполнѣ самостоятельно, т. е. онъ или утверждаетъ представленіе, или отказываетъ въ немъ—въ обоихъ случаяхъ безъ указанія мотивовъ [3]). Но суверену по саксонскому законодательству предоставляется не только право немотивированнаго отказа, но даже отступленія отъ законодательныхъ нормъ, если онъ найдетъ такое отступленіе, почему либо, уважительнымъ. Такъ, по ст. 1791, онъ можетъ утвердить ходатайство объ усыновленіи, если усыновитель не достигъ 50 лѣтъ, а усыновляемый и моложе его меньше чѣмъ на 18 лѣтъ; можетъ дозволить усыновить незамужней женщинѣ, надѣлить усыновляемаго дворянскими привиллегіями (прибавить Adel-Predicat), если усыновитель принадлежитъ къ дворянству [4]) [5]). Слѣдовательно, самъ собою усыновляемый сословными преимуществами воспользоваться не можетъ.

[1]) Ст. 1789.

[2]) Ст. 1787. См. также Siebenhaar, Lehrbüch. S. 230.

[3]) Это право немотивированной санкціи не есть исключительное право суверена. Во Франціи и Италіи, гдѣ дѣла по усыновленію принадлежатъ всецѣло судебной власти, такія же немотивированныя постановленія дѣлаетъ судъ.

Après avoir entendu le procureur du Roi, et sans aucune autre forme de procédure, le tribunal prononcera, *sans enoncer des motifs* en ces termes: il y a lieu ou il n y a pas lieu à l'adoption. Code civil, art. 356.

La corte, sentito il publico ministero in camera di consiglio ed omessa ogni altra formalità di procedura, *senza esprimere i motivi*, pronunzierà in questi termini: si fa luogo o non si fa luogo all'addozione. Codice civile, art. 216.

[4]) Siebenhaar, Lehrbuch, 230 ff. Commentar къ § 1791.

[5]) По доредакціонному законодательству форма усыновленія была нѣсколько другая. Договоръ заключался не въ судѣ, а предъ натаріусомъ, и санкція суверена не считалась необходимой; однако практика всегда ее признавала таковою.

Digitized by Google

Переходя къ разсмотрѣнію *дѣйствія* усыновленія, мы изложимъ дѣйствіе его по отношенію къ усыновленному, усыновителю и родственникамъ того и другаго.

Усыновляемый, по утвержденіи сувереномъ договора, пріобрѣтаетъ права сына усыновителя и во-первыхъ—право воспользоваться фамиліей усыновителя посредствомъ прибавки къ своей фамиліи [1]). Во вторыхъ, —право на содержаніе [2]) и воспитаніе [3]), а лица, взятыя вмѣсто дочери, и право на приданое [4]). Только, въ случаѣ смерти усыновителя или имущественной несостоятельности, эта обязанность переходитъ на законныхъ родителей усыновленной.

Послѣ смерти усыновителя усыновленный, подобно естественнымъ дѣтямъ перваго или вмѣстѣ съ ними, *наслѣдуетъ* ему и даже имѣетъ право на законную долю [5]), не ограничивая, впрочемъ, этимъ правъ естественныхъ дѣтей на эту послѣднюю [6]). Если оба супруга составятъ общее завѣщаніе, въ которомъ усыновленному назначена Pflichttheil, то, въ случаѣ смерти кого либо изъ нихъ, пріемышъ имѣетъ право требовать свою долю, лишь только переживщій супругъ вступитъ во владѣніе имуществомъ.

Послѣ смерти усыновленнаго, если она даже послѣдовала, при жизни усыновителя, въ его права по наслѣдству вступаютъ его законныя дѣти, а послѣ женщины даже и ея незаконныя дѣти [7]).

На тотъ случай, когда пріемышъ будетъ имѣть наслѣдственныя права послѣ взявшаго вмѣсто дитяти и какъ кровный родственникъ, законъ постановляетъ, что наслѣдовать по двумъ основаніямъ вмѣстѣ усыновленный не можетъ, а долженъ избрать одно изъ двухъ: или права родства, или права пріемыша [8]).

---

[1]) Ст. 1796. [2]) Ст. 1840. [3]) Ст. 1797, 1803.

[4]) Если онѣ не располагаютъ своимъ собственнымъ имуществомъ—ограниченіе, относящееся, впрочемъ, ко всѣмъ дочерямъ безъ различія. Ст. 1663.

[5]) Ст. 2044, 2567.

[6]) Ст. 2568.

[7]) Ст. 2046. Послѣднее, впрочемъ, едва ли не есть какое либо исключеніе; это только подтвержденіе общаго закона о правахъ наслѣдованія незаконныхъ дѣтей послѣ матери. Ст. 1874.

[8]) Ст. 2032.

Digitized by Google

Если взятый вмѣсто дитяти актомъ усыновленія пріобрѣтаетъ, дѣйствительно, права сына, то взявшій далеко не пріобрѣтаетъ посредствомъ этого акта правъ отца. Можно сказать, что на усыновителя усыновленіемъ возлагаются обязанности отца, но безъ пріобрѣтенія его правъ. Тѣ немногія права, которыя ему предоставляются закономъ, суть, главнымъ образомъ, личнаго характера. Такъ онъ заступаетъ малолѣтняго усыновленнаго на судѣ и внѣ суда по дѣламъ личнымъ и имущественнымъ [1]), даетъ согласіе на его бракъ вмѣстѣ съ естественными родителями усыновленнаго [2]), но ни управлять, ни пользоваться дѣтскимъ имуществомъ, какъ то предоставлено естественному отцу, усыновитель не можетъ. Равно онъ не имѣетъ никакихъ наслѣдственныхъ правъ послѣ своего пріемыша [3]). Мало того, въ случаѣ нужды, не можетъ требовать даже алиментовъ отъ взятаго имъ вмѣсто сына [4]),— такъ эгоистически односторонно рѣшилъ законъ всѣ права въ пользу усыновленнаго, говоримъ односторонно потому, что, судя по условіямъ для усыновленія (относительно возраста и проч.) онъ, въ принципѣ, даетъ институту не только имущественный, но и моральный характеръ [5]).

Что касается семьи усыновителя, то члены ея остаются совершенно чужими по отношенію къ новому семьянину. Ни послѣдній, ни первые не пріобрѣтаютъ никакихъ правъ и не несутъ никакихъ обязанностей относительно другъ друга [6]). Только на бракъ оказываетъ вліяніе этотъ институтъ. Такъ бракъ воспрещается между усыновителемъ и усыновленною, между усыновителемъ и потомками усыновленнаго, между родителями усыновителя и усыновленнымъ или его потомками, между лицами, ставшими, вслѣдствіе усыновленія, въ отношеніе братьевъ и сестеръ. Даже если усыновленіе прекращаетъ

---

[1]) Ст. 1821.

[2]) Ст. 1573.

[3]) Ст. 1797, 2045.

[4]) Ст. 1797.

[5]) Подобнаго постановленія мы не встрѣчаемъ не только въ кодексахъ —французскомъ (art. 349) и италіанскомъ (art. 211), но даже и въ древнегерманскомъ законодательствѣ.

[6]) Ст. 1799.

Digitized by Google

свое дѣйствіе, для вступленія въ бракъ между указанными лицами, требуется разрѣшеніе соотвѣтственной власти [1]). Еще разъ указываемъ, какую непослѣдовательность представляетъ разсматриваемая статья въ сравненіи съ ст. 1797, отказывающею въ алиментахъ усыновителю отъ усыновленнаго.

Такъ какъ саксонская Annahme an Kindesstatt не преслѣдуетъ цѣли основать patria potestas, то ею *усыновляемый не разрываетъ связи съ своей естественной семьей.* Онъ для вступленія въ бракъ нуждается въ согласіи родителей, несетъ алиментарную обязанность по отношенію къ нимъ, своему дѣду и бабкѣ, а равно и самъ, въ свою очередь, имѣетъ право на алименты отъ родителей [2]). Впрочемъ, судя по ст. 1840, эта обязанность родителей лишь второстепенная, такъ какъ они должны доставлять алименты своему дитяти, усыновленному другимъ, только на случай смерти послѣдняго, несостоятельности или же отсутсвія внѣ Германской Имперіи (in den deutschen Bundesstaaten nicht belangt werden kann)—въ послѣднемъ случаѣ съ правомъ даже взыскивать заплоченное по возвращеніи усыновителя.

Это, такъ сказать, двоевластіе родительскихъ отношеній порождаетъ нѣкоторые вопросы, при примѣненіи его на практикѣ. Во первыхъ, кому должно принадлежать вытекающее изъ отеческой власти право управленія и пользованія дѣтскимъ имуществомъ. Что оно не принадлежитъ усыновителю, на это даетъ ясный и категорическій отвѣтъ ст. 1797. Но принадлежитъ ли оно естественному отцу? По всѣмъ соображеніямъ, надо отвѣтить — нѣтъ, и вотъ почему. Право управленія и пользованія есть одно изъ проявленій отеческой власти [3]). Эта же власть, со дня санкціи сувереномъ договора объ усыновленіи, принадлежитъ усыновителю [4]). Затѣмъ, это право родителя на имущество дѣтей дано закономъ, какъ средство вознагражденія перваго за издержки по содержанію и воспитанію послѣднихъ [5]). Но такъ какъ этихъ издержекъ, со взятіемъ его дитяти другимъ, онъ болѣе не

---

[1]) Ст. 1614.
[2]) Ст. 1798.
[3]) Ст. 1811.
[4]) Ст. 1804.
[5]) Ст. 1808.

Digitized by Google

несетъ, то, слѣдовательно, не долженъ пользоваться и выгодами, обусловливаемыми лишь этими издержками.

Само собою разумѣется, что съ усыновленіемъ прекращаются и другія права родителей, несовмѣстимыя съ фактическимъ выбытіемъ дитяти изъ семьи, какъ-то: право подвергать его домашнему наказанію (häuslicher Zucht) [1]), требовать помощи отъ него въ домашнемъ хозяйствѣ и ремеслѣ [2]), а равно заступать его въ судѣ и внѣ суда [3]).

Подобно тому какъ усыновленный не прерываетъ родственной связи съ своими родителями, точно также онъ сохраняетъ ее по отношенію къ другимъ своимъ родственникамъ, какъ что касается алиментарныхъ, такъ и наслѣдственныхъ правъ [4]).

Усыновленіе, какъ договоръ, *прекращается* лишь по обоюдному согласію лицъ, заключившихъ его, причемъ, если усыновленный состоитъ подъ опекой, то, въ качествѣ восполнителя его воли, долженъ дать на прекращеніе свое согласіе опекунъ и подтвердитъ опекунскій судъ [5]). Слѣдовательно, односторонно, напримѣръ, ob ingratitudinem, усыновитель прекратить усыновленія не можетъ, а, слѣдовательно, и emancipatio, какъ одностороннее прекращеніе отеческой власти, тоже сюда не приложимо [6]).

Точно также и наоборотъ: не можетъ требовать прекращенія Annahme пріемышъ, по достиженіи 14 лѣтъ, если онъ былъ усыновленъ до этого возраста [7]).

Усыновленіе должно быть прекращено тѣмъ же порядкомъ, какъ оно и заключено было, т. е. по обоюдному прошенію ходатайствовавшихъ о немъ. Прошеніе подается въ судъ, гдѣ была совершена сдѣлка объ усыновленіи, который препровождаетъ прошеніе опять въ Министерство Юстиціи, а оттуда на утвержденіе суверена [8]).

---

[1]) Ст. 1805.

[2]) Ст. 1806.

[3]) Ст. 1821.

[4]) Ст. 1798.

[5]) Ст. 1794. Но согласія родителей усыновляемаго на прекращенія не требуется.

[6]) Ст. 1831.

[7]) Commentar. § 1831.

[8]) Ст. 1800, 1787, 1794.

Digitized by Google

Съ прекращеніемъ усыновленія, прекращаются и всѣ отношенія, имъ порожденныя [1]) и возстановляется прежняя связь между усыновленнымъ и его естественными родителями, т. е. право отеческой власти со всѣми ея проявленіями, а, слѣдовательно, и право управленія и пользованія дѣтскимъ имуществомъ, равно и всѣ обязанности и прежде всего самостоятельная алиментарная обязанность родителей [2]).

По поводу прекращенія усыновленія можетъ возникнуть такого рода вопросъ. Когда усыновленіе прекратится, переходитъ ли незаконное дитя, имъ усыновленное, въ прежнее состояніе. Судя по всѣмъ статьямъ, относящимся къ вопросу объ усыновленіи, надо отвѣтить утвердительно, ибо для усыновленныхъ не установлено никакого изъятія. Но этотъ вопросъ чисто теоритическій. На практикѣ онъ едва-ли можетъ возникнуть. Дѣло въ томъ, что усыновленіе прекращается не единичной волей, а обоюднымъ соглашеніемъ сторонъ. Но врядъ ли можно ожидать, что незаконнорожденный, разъ усыновленный, пожелаетъ опять возвратиться въ прежнее состояніе незаконнорожденнаго, т. е. вообще говоря—безправнаго человѣка.

Всѣ изложенныя нами постановленія кодекса объ усыновленіи не имѣютъ абсолютной силы. Будучи отношеніемъ вполнѣ договорнымъ оно доступно всѣмъ перемѣнамъ, какія стороны заблагоразсудятъ сдѣлать [3]).

Итакъ мы видимъ, что усыновленіемъ незаконныхъ дѣтей саксонское законодательство создаетъ еще третій способъ узаконенія, способъ, вовсе неизвѣстный римскому праву и законодательствамъ на немъ основаннымъ французскому, италіанскому и многимъ швейцарскимъ.

Въ ряду первыхъ двухъ узаконеній, усыновленіе, по широтѣ правъ, сообщаемыхъ имъ, должно быть поставлено третьимъ, такъ какъ права эти у́же даже правъ, предоставляемыхъ закономъ узаконяемымъ рескриптомъ, которыя, какъ мы видѣли, пользуются правомъ наслѣдованія не только по отношенію къ узаконившему, но и другимъ его

---

[1]) Рѣчь о прекращеніи обоюдной волей, ибо смертью усыновителя отношенія по усыновленію для усыновленнаго не прекращаются. Ст. 1800, 2048.

[2]) Ст. 1800.

[3]) Ст. 1797, 2044.

Digitized by Google

дѣтямъ, тогда какъ кругъ правъ по усыновленію строго ограничивается лицемъ усыновителя.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Дѣти невѣсты (Brautkinder).

Кромѣ разсмотрѣнныхъ нами видовъ незаконнорожденныхъ дѣтей, въ германскихъ законодательствахъ есть еще особый видъ ихъ, а именно такъ называемыя *дѣти невѣсты* (Brautkinder). Эти дѣти, по своему юридическому положенію, занимаютъ средину между законными и незаконными дѣтьми въ строгомъ смыслѣ. Чтобы уяснить положеніе этихъ дѣтей, надо припомнить ту историческую роль, которую играло обрученіе въ прежнее время въ Германіи.

Въ древнегерманскомъ правѣ обрученіе составляло интегральную часть заключенія брака, именно: посредствомъ обрученія (Verlöbniss), женихъ пріобрѣталъ Muntschaftsrechte отъ лица, имѣвшаго ихъ (Gewaltträger), заплотивъ за это опредѣленный эквивалентъ (Muntschatz), а эта сдѣлка и составляла главную основу брака. Когда церковь подчинила своему вліянію брачныя дѣла, она придала тоже обрученію серьёзное значеніе, называя его imitatio matrimonii. При непрочности древняго брачнаго права, обрученіе, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, приравнилось къ браку.

Хотя теперешнія германскія законодательства никогда не уподобляютъ обрученія браку, но и теперь договоръ объ обрученіи поставленъ въ близкое отношеніе къ браку, такъ какъ для него вообще требуется наличность тѣхъ же условій, что и для послѣдняго.

Понятно, что, при такомъ воззрѣніи на обрученіе, отчасти традиціонномъ, отчасти вновь выработанномъ, дѣти, рождающіяся отъ обрученныхъ, не могутъ быть подводимы подъ общій уровень незаконнорожденности [1]).

---

[1]) Въ послѣднее время, впрочемъ, германисты не одобряютъ практики новѣйшихъ законодательствъ, ставящихъ Brautkinder въ привилегированное положеніе, не одобряютъ потому, что теперь обрученіе потеряло свое историческое значеніе: См. Gengler, 496, 497.

Digitized by Google

Саксонскій законъ приравниваетъ Brautkinder къ законнымъ дѣтямъ. Такъ говоритъ, по крайней мѣрѣ, объ этомъ статья общаго характера. Однако, какъ сейчасъ увидимъ, это приравненіе несовсѣмъ полное.

Чтобы уяснить вообще положеніе этого рода незаконныхъ дѣтей по саксонской законодательной книгѣ, мы начнемъ съ разсмотрѣнія вопроса—какія именно дѣти признаются Brautkinder по дѣйствующему саксонскому кодексу. Соотвѣтствующая статья отвѣчаетъ на этотъ вопросъ такъ: Kinder, die von Personen, welche in einem gültigen Verlöbnisse stehen, mit einander erzeugt worden sind, Brautkinder, haben die Rechte ehelicher Kinder. Dasselbe gilt von Kindern, welche vor dem Verlöbnisse erzeugt, aber noch während desselben geboren werden [1]). Итакъ законъ ставитъ непремѣннымъ условіемъ прежде всего Gültigkeit обрученія. Такимъ обрученіемъ признается обрученіе, заключенное лицами, удовлетворяющими всѣмъ условіямъ, необходимымъ для вступленія въ бракъ [2]), въ возрастѣ не моложе 18 лѣтъ для мужчины и 16 лѣтъ для женщины [3]) и съ согласія отца или другихъ родственниковъ, имѣющихъ право авторизаціи для заключенія брака [4]). Кромѣ того, для своей дѣйствительности, обрученіе должно удовлетворять всѣмъ условіямъ какъ договоръ. Поэтому, если обрученіе было, напримѣръ, заключено подъ суспенсивнымъ условіемъ, и если дитя родилось до исполненія этого условія, то такое дитя не будутъ считаться Brautkind, какъ родившееся во время обрученія, которое оказалось nicht gültig [5]).

Такимъ образомъ, подъ условіемъ дѣйствительности обрученія, на основаніи сейчасъ указанной статьи, будутъ признаны Brautkinder добрачныя незаконныя дѣти: 1) зачатыя и родившіяся въ періодъ обрученія, 2) зачатыя до обрученія, но родившіяся во время обрученія, 3) зачатыя во время обрученія, но родившіяся послѣ него. Напротивъ, зачатыя до обрученія и родившіяся послѣ его прекращенія не будутъ Brautkinder. Равно какъ зачатыя и родившіяся до обрученія не пріобрѣтаютъ правъ дѣтей невѣсты послѣдующимъ обрученіемъ ихъ родителей,

---

[1]) Ст. 1578.

[2]) Ст. 1569.

[3]) Ст. 1570.

[4]) Ст. 1571—1575.

[5]) Ст. 112.

Digitized by Google

такъ какъ кодексъ не придаетъ обрученію той узаконяющей силы, которую имѣетъ послѣдующій бракъ.

Всѣ вышеуказанные виды дѣтей невѣсты, для пользованія предоставленными имъ закономъ правами предполагаютъ ipso facto несомненность происхожденія ихъ отъ жениха, причемъ и здѣсь саксонскій законъ не обращаетъ вниманія на фактъ половаго общенія невѣсты въ зачаточный срокъ съ другими мужчинами кромѣ жениха [1]). Слѣдовательно, въ этомъ случаѣ законъ, можно сказать, переиначиваетъ извѣстную формулу—pater est quem nuptiae demonstrant въ формулу —pater est, quem sponsalia demonstrat. Конечно, сближеніе не совсѣмъ вѣрное. Обрученіе еще не бракъ и тѣ соображенія, которыя оправдываютъ эту формулу для брака, не приложимы къ обрученію, но въ данномъ случаѣ саксонскій кодексъ держится послѣдовательно своего принципа отрицанія прежде практикованной имъ exceptio congressus cum pluribus—возраженія, которое часто порализовало право дитяти на алименты.

Кромѣ того, что у невѣсты одновременно съ женихомъ могутъ быть и другіе мужчины, раздѣляющіе съ ней сожительство, возможно, что одна и таже женщина разновременно будетъ невѣстой нѣсколькихъ лицъ и отъ каждаго изъ нихъ будетъ имѣть дѣтей. Такъ какъ сила договора объ обрученіи нисколько не зависитъ отъ того, состоялся ли бракъ или нѣтъ, то всѣ эти дѣти, конечно, при дѣйствительности обрученія, будутъ Brautkinder и, слѣдовательно, будутъ пользоваться всѣми предоставленными этимъ дѣтямъ правами.

Обращаясь *къ отношеніямъ между Brautkinder и ихъ родителями*, надо сказать, что отношенія эти заключены въ болѣе тѣсныя предѣлы, чѣмъ это имѣетъ мѣсто между родителями и дѣтьми законными, хотя принципіально, какъ мы уже указывали, законъ приравниваетъ дѣтей невѣстъ къ дѣтямъ законнорожденнымъ. Такъ, хотя Brautkinder и носятъ фамилію отца [2]) и записываются въ акты о рожденіи на его имя, но отеческая власть надъ этими дѣтьми ему не принадлежитъ [3]), а, слѣдовательно, онъ лишенъ и сопряженнаго съ нею по закону права

---

[1]) Ст. 1872 и Commentar, § 1872.

[2]) Ст. 1801. Commentar, § 1578.

[3]) Ст. 1809.

Digitized by Google

пользованія и управленія дѣтскимъ имуществомъ [1]). Равно заступничество малолѣтняго предъ судомъ и въ другихъ необходимыхъ случаяхъ лежитъ не на отцѣ, а на опекунѣ, назначаемомъ ко всякому недостигшему совершеннолѣтія Brautkind [2]). Отецъ затѣмъ не имѣетъ и права на алименты со стороны этого рода дѣтей.

Не имѣя правъ законнаго отца, женихъ несетъ однако всѣ его обязанности относительно дитяти невѣсты, какъ то: онъ не ограничивается въ своей алиментарной обязанности лишь опредѣленнымъ взносомъ для содержанія ребенка, какъ того требуетъ кодексъ относительно незаконныхъ отцевъ вообще, а, напротивъ, на него возложена обязанность содержанія и воспитанія своихъ Brautkinder въ томъ видѣ и въ тѣхъ размѣрахъ, какъ по отношенію къ дѣтямъ законнымъ, т. е. она заключаетъ въ себѣ: содержаніе сообразное съ званіемъ обязаннаго, издержки по воспитанію, обученію и вообще приготовленіе дитяти къ опредѣленному роду дѣятельности [3]). Равно эта обязанность не ограничивается лишь опредѣленнымъ срокомъ [4]) [5]).

Что касается дочерей, то отецъ обязанъ надѣлить ихъ еще и приданымъ zu Einrichtung des Haustandes, сообразно съ своими средствами и съ званіемъ зятя [6]).

Эта алиментарная обязанность отца, за его смертію или несостоятельностью, переходитъ на восходящихъ отцовской и материнской стороны, хотя, надо полагать, безъ правъ взаимности, такъ какъ этими правами не пользуется даже отецъ Brautkind [7]).

Что касается *наслѣдственныхъ* правъ Brautkinder, то, хотя ст. 2018 и говоритъ что эти дѣти, въ отношеніи законнаго наслѣдованія, den ehellich Geborenen stehen gleich, однако она говоритъ это только о нихъ лично; слѣдовательно, полагать надо, что права эти на потомство дѣтей невѣстъ не распространяются [8]). Точно также есть нѣкоторое

---

[1]) Ст. 1811. [2]) Ст. 1875.

[3]) Ст. 1846, 2473.

[4]) Ст. 1853.

[5]) Издержки на роды, а равно и расходы на крещеніе дитяти, мать имѣетъ право взыскивать съ жениха, согласно общему закону о незаконнорожденныхъ. Ст. 1858.

[6]) Ст. 1661. [7]) Ст. 1839, 1843.

[8]) См. Commentar, § 2018.

Digitized by Google

измѣненіе общаго порядка наслѣдованія и съ обратной стороны, со стороны отца послѣ дѣтей невѣсты, а именно: отецъ, имѣвшій malam fidem, при заключеніи обрученія, или виновный въ несостоявшемся бракѣ, ни самъ не наслѣдуетъ, ни его родители не могутъ наслѣдовать послѣ дѣтей его невѣсты [1]).

По отношенію къ матери и материнскимъ родственникамъ Brautkinder, какъ само собою разумѣется, имѣютъ тѣ-же права семейственныя и наслѣдственныя, что и законныя дѣти, согласно общему правилу о незаконнорожденныхъ [2]).

Изложенныя права дѣтей невѣстъ законъ предоставляетъ и тѣмъ дѣтямъ, которыя родились въ бракѣ, признанномъ впослѣдствіи недѣйствительнымъ вслѣдствіе недостатка въ формѣ, если хотя обрученіе имѣло законную форму [3]).

---

[1]) Ст. 2039, 2025.

[2]) Ст. 1874.

[3]) Ст. 1620 и Commentar, § 1620. См. также ст. 1568 и 1576.

Digitized by Google

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Французское законодательство. Code Civil.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Опредѣленіе незаконнаго рожденія.

При изложеніи дѣйствующаго французскаго законодательства о незаконнорожденныхъ, мы будемъ держаться той же системы, которой мы слѣдовали, при изложеніи саксонскаго законодательства объ этомъ предметѣ; т. е. мы изложимъ матеріалъ о незаконныхъ дѣтяхъ, заключающійся въ кодексѣ, въ такомъ порядкѣ. Какія дѣти считаются незаконными и какими средствами опредѣляется ихъ сыновство. Какими правами пользуются незаконнорожденныя; наконецъ, какими способами онѣ узаконяются. И такъ, сначала, *кто признается незаконнорожденнымъ по Code Civil?* Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, мы отвѣтимъ на другой: кто считается законнорожденнымъ по французскому кодексу, тогда отвѣтъ на первый вопросъ будетъ вытекать самъ собою—всѣ, кого нельзя помѣстить въ разрядъ законнорожденныхъ, будутъ незаконнорожденными.

Исходной точкой законнорожденности во французскомъ законодательствѣ, какъ и во всѣхъ современныхъ законодательствахъ, служитъ бракъ. Кто происходитъ отъ законнаго брака—тотъ законнорожденный. Вотъ принципъ. Эта узаконяющая сила брака столь велика, что законнорожденнымъ признается не только тотъ, кто произошелъ отъ брака, но также и тотъ, кто только однимъ изъ моментовъ своего вступленія

Digitized by Google

въ гражданскую жизнь примыкаетъ къ браку. Кодексъ говоритъ: законнорожденнымъ будетъ не только зачатый и родившійся въ бракѣ, но даже или только родившійся, или только зачатый [1]), однако, въ двухъ послѣднихъ случаяхъ, не безусловно, а съ условіемъ, что законнорожденность не будетъ оспорена.

Согласно этому опредѣленію законнорожденности, незаконнорожденными, слѣдовательно, будутъ: во 1-хъ, *дѣти, родившіяся отъ лицъ, никогда не состоявшихъ между собою въ бракѣ*, во 2-хъ, *дѣти, родившіяся отъ лицъ, состоявшихъ въ бракѣ, но въ такой срокъ по его прекращеніи, что нельзя уже отнести зачатіе этихъ дѣтей къ браку* [2]).

Но это лишь основные случаи незаконнорожденности. Ими далеко не ограничивается весь кругъ ея. И во 1-хъ, не всѣ, родившіяся въ бракѣ, признаются законнорожденными; во 2-хъ, не всѣ зачатыя; въ 3-хъ, не всѣ даже, совмѣщающія оба эти условія, т. е. и зачатыя, и родившіяся. Остановимся на каждомъ изъ этихъ случаевъ.

Хотя законъ, по общему правилу, и признаетъ законнорожденнымъ всякаго, родившагося въ бракѣ, хотя бы и раньше того срока, который предполагаетъ зачатіе дитяти въ томъ же бракѣ, однако онъ допускаетъ это правило не безусловно, а именно законъ говоритъ: что всякій, родившійся раньше 180 дней, со дня заключенія брака, будетъ законнорожденнымъ, если противъ этого не споритъ мужъ [3]). Дѣло понятное: для законодателя должны быть на столько же важны интересы родившагося въ бракѣ дитяти, на сколько и дорога личная честь мужа. Поэтому, если никто, кромѣ послѣдняго, не можетъ оспаривать законнорожденности ребенка, родившагося въ бракѣ, то никто также не можетъ возразить противъ непризнанія мужемъ этого ребенка своимъ. Одинъ фактъ непризнанія, со стороны мужа, безъ приведенія доказательствъ, дѣлаетъ такое дитя незаконнорожденнымъ [4]). Слѣдовательно, будь даже доказано, что виновникомъ зачатія былъ мужъ, все таки, по мимо его воли, ребенокъ не засчитывается за нимъ и никакихъ

---

[1]) Art. 312, 314.

[2]) А именно 300 дней спустя. (Art. 315).

[3]) Art. 314.

[4]) Доказательства должны быть представлены только такія, изъ которыхъ было-бы видно, что ребенокъ родился раньше 180 дней со дня брака, т. е. актъ о бракѣ и актъ о рожденіи дитяти.

Digitized by Google

правъ по отношенію къ нему имѣть не будетъ, такъ какъ французы не знаютъ національнаго нѣмецкаго института—Brautkinder.

Но, придавая такое значеніе отреченію мужа для законнорожденности ребенка, родившагося раньше кратчайшаго срока беременности, кодексъ требуетъ серьёзности дѣйствія въ семъ случаѣ отъ мужа. Поэтому не только не дозволяется взять обратно признаніе, разъ высказанное, но даже и косвенно обнаруженное. Вотъ почему законъ говоритъ—искъ объ отреченіи не имѣетъ мѣста: 1) если отецъ зналъ о беременности матери ребенка до брака, или же если онъ присутствовалъ, при составленіи акта о рожденіи дитяти и подписалъ этотъ актъ или заявилъ, что онъ не подписываетъ его за неграмотностью [1] [2]).

Какъ не абсолютно правило, что всякій, родившійся въ бракѣ, считается законнорожденнымъ, такъ *не абсолютно и правило, что всякій предполагаемый зачатымъ въ немъ будетъ законнорожденнымъ*, проще, нельзя утверждать, что всякій, родившійся 300 дней спустя, со времени прекращенія брака, будетъ законнорожденнымъ. Рѣшающимъ фактомъ здѣсь, въ концѣ концевъ, будетъ не срокъ, а несомнѣнность происхожденія родившагося отъ мужа его матери. Вотъ примѣръ, какъ доказательство сказаннаго: *A* была въ бракѣ съ *B*; *B* умираетъ; чрезъ 2 недѣли послѣ его смерти *A* родитъ; затѣмъ она родитъ во второй разъ, спустя 9 мѣсяцевъ, послѣ первыхъ родовъ. Если предположить оба факта рожденія отъ одного и того же брака, получается въ результатѣ абсурдъ; чтобы его не вышло, надо допустить, не взирая на законное предположеніе, второе рожденіе не отъ брака, а, слѣдовательно, признать его незаконнымъ.

Сколь ни крѣпко *правило, что зачатіе и рожденіе въ бракѣ* eo ipso *доказываютъ законнорожденность* дитяти, но и оно *подлежитъ исключеніямъ*.

---

[1]) Art. 314.

[2]) Законъ еще указываетъ на третій случай, когда мужъ не можетъ оспаривать законнорожденность дитяти, родившагося раньше 180 дней, со дня заключенія брака,—если дитя признано спеціалистами неспособнымъ къ жизни. (Art. 314). Мотивъ закона тотъ, что подобный споръ, не имѣя интереса для оспаривающаго былъ бы, самъ по себѣ, дѣломъ компрометирующимъ общественное приличіе.

Digitized by Google

Французскій законъ указываетъ три случая, когда зачатый и родившійся въ бракѣ признается незаконнорожденнымъ.

1) Когда будетъ доказана физическая невозможность сожительства мужа съ женой. (l'impossibilité physique).

2) Когда будетъ доказано прелюбодѣяніе жены. (Adultère).

3) Когда супруги будутъ разлучены. (Séparation de corps) [1]).

Эти случаи нарушаютъ столь важный принципъ, что необходимо всмотрѣться въ нихъ поближе.

1) *Физическая невозможность.* Статья 312 говоритъ: отцемъ дитяти, зачатаго въ бракѣ, считается мужъ, однако онъ можетъ не признать это дитя своимъ, если докажетъ, что, въ періодъ времени отъ 300 до 180 дней, предъ рожденіемъ ребенка, ему было физически невозможно сожительствовать съ своей женой, или вслѣдствіе отдаленія, или вслѣдствіе какого либо случая (soit par cause d'éloignement, soit par l'éffet de quelque accident. Итакъ здѣсь намѣчены двѣ причины физической невозможности:—l'éloignement и accident. Разсмотримъ ихъ.

Во первыхъ, какъ надо понимать тутъ слово *l'éloignement.* Преобладающее мнѣніе то, что это вопросъ факта, слѣдовательно, всецѣло составляетъ дѣло суда. Но это вѣрно лишь отчасти. Нельзя не видѣть, по справедливому замѣчанію Лорана, что самъ законъ опредѣляетъ качество этого „отдаленія": оно, по статьѣ, должно быть такимъ, чтобы изъ него слѣдовала физическая невозможность сожительства [2]). Поэтому, съ одной стороны, мужъ не будетъ „удаленъ", въ смыслѣ разсматриваемаго закона, и тогда, когда бы онъ находился въ другой части свѣта, если только была для него возможность, хотя бы кратковременнаго свиданія съ женой, съ другой стороны, онъ можетъ быть признанъ éloigné и тогда, когда его отдѣляетъ лишь стѣна отъ квартиры жены, если только онъ не могъ съ ней видѣться. Такъ, напримѣръ, если оба супруга находятся въ заключеніи въ зданіи одной и той же тюрьмы.

Эти вопросы о возможности встрѣчи супруговъ, хотя и удаленныхъ другъ отъ друга, не могутъ быть характеризованы общимъ правиломъ и въ этомъ смыслѣ составляютъ, конечно, дѣло суда [3]).

---

[1]) Art. 312, 313.

[2]) F. Laurent, Principes de droit civil, T. III, p. 443.

[3]) C. Demolombe, Cours de Code Napoléon T. V. 3. Edit. p. 30—34.—

Digitized by Google

Физическая невозможность сожительства бываетъ еще результатомъ *случая*, par l'éffet de quelque accident, какъ говоритъ законъ. Если это опредѣленіе весьма кратко по формѣ, то весьма растяжимо по содержанію. Подъ понятіе случая можно подвести много. Вотъ какъ однако понимаютъ свой законъ французскіе цивилисты. Всѣ они согласны, что подъ случайною невозможностью (l'impuissance accidentelle) надо разумѣть прежде всего невозможность сожительства вслѣдствіе какого нибудь наружнаго страданія мужа—раны, поврежденія на тѣлѣ; но не всѣ согласны, что сюда надо отнести и неспособность, происшедшую отъ болѣзни, истощенія силъ, старости, наконецъ. Въ положительномъ смыслѣ рѣшаетъ этотъ вопросъ Демоломбъ вмѣстѣ съ Прудономъ, основываясь на томъ, что возможенъ случай, когда болѣзнь, хотя и внутренняя, можетъ быть такимъ же нагляднымъ доказательствомъ неспособности мужа (impotentia) какъ и внѣшнее поврежденіе [1]). Но мнѣ кажется убѣдительнымъ второе мнѣніе, рѣшающее вопросъ отрицательно. За него стоялъ Лоранъ.

Главное доказательство Лорана—исторія кодификаціи, изъ которой видно, что редакторы разумѣли только неспособность отъ наружнаго поврежденія [2]). Этого одного, конечно, достаточно, чтобы утверждать, что мысль закона несогласна съ первымъ мнѣніемъ. Но кромѣ этого аргумента, чисто практическаго, нельзя не сознаться, что отнесеніе болѣзни мужа къ числу поводовъ непризнанія законнорожденности—дѣло опасное. Расплодить самые скандальные процессы нѣтъ легче, какъ этимъ путемъ.

Что касается вопроса, понимаетъ ли разсматриваемая статья лишь случаи неспособности, происшедшей въ бракѣ или и добрачной, то надо замѣтить, что послѣдняя статьей исключается. Это видно какъ изъ текста статьи, такъ и изъ смысла ея. Законъ ставитъ рядомъ удаленіе супруга

Marcadé, Explication théorique et pratique de Code Napoléon. T. II. 5. Edit. p. 2—6.—Laurent, Principes etc. T. III, p. 442—445.

[1]) Demolombe, T. V, p., 36. 37.

[2]) L'impussance accidentelle, говорилъ Наполеонъ, по поводу редакціи этой статьи, est un fait physique, sur lequel on ne peut se tromper. Еще яснѣе говоритъ Tronchet: la loi doit s'expliquer de manière à faire comprendre qu'elle veut parler d'une impuissance évidente et matérielle et non de celle qui pourrait être la suite d'une maladie. Laurent, T. III, p. 447, 448.

Digitized by Google

и случай, но объ удаленіи рѣчь, какъ само собою ясно, можетъ быть только въ бракѣ, тоже, слѣдовательно, должно быть примѣнимо и къ случаю. Потомъ, въ слѣдующей статьѣ говорится объ одной изъ случайныхъ причинъ неспособности—физическомъ безсиліи мужа и его прямо законъ исключаетъ изъ поводовъ непризнанія, если оно произошло до брака.

Это послѣднее исключеніе французскаго закона такъ характерно и такъ прямо противоположно рѣшенію нашего законодательства, что интересно познакомиться съ его мотивами. Мотивы эти, главнымъ образомъ, заключаются въ мысли, что мужъ, обманувшій жену, долженъ поплатиться за свою вину тѣмъ, что онъ принужденъ нести обязанности отца и не будучи, въ дѣйствительности, имъ. „Comment concevoir, говоритъ трибунъ Duveyrier, le cynisme impudent d'un homme, qui pourrait révéler sa turpitude et son infamie pour deshonorer sa compagne et sa victime [1]).

Къ этому присоединяется еще процессуальная причина: трудность доказать фактъ неспособности, не говоря уже о томъ соблазнѣ, который могутъ породить подобные процессы [2]).

2) *Прелюбодѣяніе жены.* Дитя, рожденное въ бракѣ, можетъ быть признано еще незаконнорожденнымъ вслѣдствіе прелюбодѣянія жены. Вотъ какъ говоритъ объ этомъ законъ: il (т. е. мужъ) ne pourra le (т. е.) дитя desavouer même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est le père. (Art. 313). Отсюда видно, что, собственно говоря, не одинъ фактъ прелюбодѣянія жены даетъ право мужу оспаривать законнорожденность родившагося отъ нея ребенка, а три причины вмѣстѣ: прелюбодѣяніе, утайка дитяти и обстоятельства, доказывающія, что мужъ не отецъ дитяти.

Почему законъ требуетъ наличности этихъ трехъ условій—понятно, потому, что ни прелюбодѣяніе, само по себѣ, ни утайка еще менѣе не доказываютъ, что ребенокъ не принадлежитъ мужу, такъ какъ жена можетъ, находясь въ связи съ другимъ, продолжать въ тоже время и сожительство съ мужемъ, и такъ какъ утайка можетъ быть

---

[1]) Demolombe, V. 39.

[2]) Demolombe, V, 35—43. Laurent, III, 445—449. Marcade, II, 5—6.

Digitized by Google

вызвана побочными обстоятельствами, (напримѣръ, желаніемъ предотвратить скандалъ, вслѣдствіе неосновательнаго подозрѣнія въ невѣрности жены и т. п.), а не фактомъ дѣйствительной непринадлежности дитяти мужу; не то если оба эти обстоятельства дѣйствуютъ совмѣстно и подкрѣпляются сверхъ того третьимъ—моральной невозможностью, тогда незаконнорожденность дитяти, родившагося, при указанныхъ обстоятельствахъ, не можетъ подлежать сомнѣнію.

Посмотримъ теперь, какъ надо понимать каждое изъ поставленныхъ статьей условій незаконнорожденности.

Первое условіе. Прелюбодѣяніе. Ясно, что законъ ведетъ здѣсь рѣчь не о прелюбодѣяніи жены вообще, независимо отъ времени, когда оно совершилось а о прелюбодѣяніи, соотвѣтствующемъ эпохѣ зачатія, родившагося ребенка. Это видно, по справедливому замѣчанію Маркаде, изъ того, что статья ставитъ прелюбодѣяніе рядомъ съ утайкой, которая, конечно, можетъ относиться лишь къ данному времени [1]). Какъ должно быть доказано прелюбодѣяніе, это чистый вопросъ факта и, слѣдовательно, дѣло суда.

Второе условіе. Утайка, т. е. намѣренное скрытіе рожденія ребенка отъ мужа. Фактъ этотъ, одна изъ вѣскихъ уликъ противъ жены—что совѣсть ея не чиста, и что ребенокъ не принадлежитъ ея мужу. При этомъ одни (Демоломбъ, Лоранъ) думаютъ, что скрытіе беременности можно поставить рядомъ со скрытіемъ рожденія [2]), другіе же (Маркаде) находятъ это невозможнымъ [3]). Дѣйствительно, законъ говоритъ не о беременности, а о рожденіи и факты эти далеко не аналогичны: скрытіе рожденія несомнѣнно тяжеле скрытія беременности.

Третье условіе—такъ называемая *L'impuissance morale de la paternité*, обстоятельства доказывающія, что мужъ не могъ быть отцемъ ребенка. Обстоятельства эти могутъ быть самаго разнообразнаго характера—какъ то: ссора супруговъ, болѣзнь мужа, старость, долговременное отсутствіе и тому подобные факты, выборъ и оцѣнку которыхъ законодатель передаетъ вполнѣ въ руки суда.

Познакомившись съ условіями незаконнорожденности въ разби-

---

[1]) **Marcadé**, II, 7.

[2]) **Demolombe**, V, 58, 59.—**Laurent**, III. 453, 454.

[3]) **Marcadé**, II, 10, 11.

Digitized by Google

раемомъ случаѣ, мы посмотримъ теперь, какъ относится къ этимъ условіямъ законъ. Точнѣе—не признаетъ ли онъ какого либо изъ нихъ болѣе вѣскимъ и потому не требуетъ ли особой доказательности его, или же, въ глазахъ закона, всѣ эти условія равнозначущи.

О прелюбодѣяніи. По этому вопросу судебная практика въ полномъ разногласіи съ доктриной. Практика разсуждаетъ такъ: мужъ обязанъ только доказать утайку ребенка и представить факты, что не онъ отецъ его, тогда присутствіе прелюбодѣянія будетъ ясно, само собою, безъ приведенія доказательствъ. Наука, напротивъ, рѣшительно отвергаетъ подобное толкованіе, находя его нарушающимъ букву закона и мотивы его. Статья 313 говоритъ: непризнаніе ребенка можетъ быть допущено *по причинѣ прелюбодѣянія*; слѣдовательно, фактъ прелюбодѣянія и есть первое условіе иска о непризнаніи и, слѣдовательно, оно и должно быть доказано прямо и непосредственно. Потомъ, разсматриваемая статья представляетъ изъ себя гипотезу, гдѣ отъ однихъ фактовъ законодатель даетъ право заключать къ другимъ. Но чтобы отъ нихъ заключать надо ихъ прежде доказать. Вотъ почему прелюбодѣяніе и должно быть прежде всего доказано, иначе, допуская, что фактъ прелюбодѣянія долженъ вытекать изъ фактовъ, отрицающихъ отчество, мы поставимъ слѣдствіе вмѣсто причины, результатъ прежде правила.

Эти два мнѣнія примиряются третьимъ, принадлежащимъ Демоломбу. Этотъ ученый говоритъ, что на его взглядъ споръ о томъ, что должно быть доказано прежде, а что послѣ, второстепеннаго характера. Важно то, что и прелюбодѣяніе, и утайка, и факты, отрицающіе отчество мужа должны быть доказаны; важно, чтобы судъ составилъ себѣ убѣжденіе, что ребенокъ незаконнорожденный. При этомъ, доказывая одно изъ требованій 313 статьи, истецъ, тѣмъ самымъ, можетъ подтверждать и другое, и наоборотъ—изъ втораго можетъ уже слѣдовать и первое [1]). Поэтому, говоритъ профессоръ, одно изъ двухъ: или пре-

---

1) Вотъ прекрасный примѣръ этой взаимности въ доказательствахъ. Онъ облеченъ, правда, въ нѣсколько поэтическую форму, и потому мы даемъ ему мѣсто въ примѣчаніи. Comment, говоритъ Демоломбъ, cette femme habitait une grande ville, ou bien elle allait voygeant et courant le monde, et les lieux de plaisir, et les bains de mer. etc., tandis que son vieux mari, retiré à la campagne, ignorait d'elle tout ce qui la concernait. La voilà qui accouche secretement dans

Digitized by Google

любодѣяніе будетъ доказано прямо и непосредственно (principalement et directement), тогда факты о неотчествѣ не нуждаются въ такой строгой доказательности, или прелюбодѣяніе будетъ основываться на этихъ фактахъ, тогда, слѣдовательно, они потребуютъ непосредственнаго доказательства [1]).

Новѣйшій изслѣдователь французскаго кодекса—Лоранъ, въ свою очередь, примиряетъ Демоломба съ прежними учеными. По мнѣнію Лорана, дѣйствительно, изъ текста статьи ни мало не видно, чтобы прелюбодѣяніе надо было доказывать прежде всего. Изъ текста, говоритъ онъ, ясно одно, что прелюбодѣяніе должно быть доказано. Но затѣмъ, переходя къ вопросу, какъ оно должно быть доказано, онъ, хотя и допускаетъ совмѣстное представленіе доказательствъ прелюбодѣянія съ доказательствами impuissance morale, однако находитъ необходимымъ, чтобы прелюбодѣяніе было доказано непосредственно; допустить противное значило бы, по его мнѣнію, исключить одно изъ требованій статьи [2]).

Но не выдвигая l'adultère на первый планъ, онъ даетъ это право récel. Онъ говоритъ, что утайка должна быть доказана прежде приведенія доказательства l'impuissance morale. Иначе, доказывая эту послѣднюю, не позаботясь прежде о доказательствѣ утайки, значитъ терять время, нести напрасно судебныя издержки и кромѣ того давать мѣсто безполезному скандалу [3]).

Если мнѣ позволить себѣ войти въ дебаты съ этими авторитетами, то я бы думалъ, что мнѣніе Лорана едва ли выдерживаетъ критику, что касается требованія доказательствъ утайки прежде всего. Ничего нѣтъ труднѣе доказательства, что утайка, дѣйствительно, была, если предположить, что жена, въ послѣднее время беременности и въ періодъ

---

le cours peut– être de ses galantes et vagabondetes excursions! Elle cache la naissance de l'enfant; et quand le mari, dès qu'il la découvre, vient vous prouver, au milieu de tous ces faits, que d'après toutes ses habitudes, d'après sa santé son âge, son éloignement, il est moralement impossible qu'il soit le père de cet enfant, quand vous en êtes moralement convaincus, vous ne voulez pas croire à l'adultère! vous dites que l'adultère n'est pas prouvée! III, 54, 55.

[1]) Demolombe, III, 51—56.

[2]) Laurent, III, 458—460.

[3]) Ibid, 455.

Digitized by Google

родовъ, не жила вмѣстѣ съ мужемъ, а, между тѣмъ, по автору, не доказавши утайки, нельзя двигать дальше процесса, а это значитъ отнять у мужа возможность пользоваться 313 статьей.

Зато намъ кажется, что Демоломбъ умаляетъ значеніе прелюбодѣянія въ разсматриваемомъ вопросѣ. Какъ ни толковать статью, а вѣрно одно, что законодатель отправляется въ данномъ случаѣ отъ факта прелюбодѣянія, слѣдовательно, дать послѣднему подчиненное мѣсто въ процессѣ—выводить лишь косвенно изъ другихъ фактовъ—едва ли будетъ согласно со смысломъ закона [1]).

Наконецъ, послѣдняя причина, на основаніи которой можетъ быть отвергнута законнорожденность ребенка, родившагося въ бракѣ, есть *разлученіе супруговъ*; законъ этотъ существуетъ лишь съ 6 декабря 1850 года. Вотъ онъ. Въ случаѣ начатія иска о *séparations de corps*, мужъ можетъ не признать ребенка, если послѣдній родился 300 дней спустя, послѣ распоряженія предсѣдателя, дозволяющаго женѣ оставить квартиру мужа, и если, притомъ, за 180 дней до рожденія ребенка не было отказано въ искѣ, или если супруги не примирились, а и при этихъ условіяхъ, если между ними, какъ выражается статья, не было réunion de fait.

Этимъ прибавленіемъ къ статьѣ 312 исправленъ пропускъ, сдѣланный редакторами кодекса, пропускъ, могшій привести на практикѣ къ самому постыдному злоупотребленію принципомъ—pater est etc. Такъ, до закона 6 декабря, жена, разлученная могла, находясь въ сожительствѣ съ другимъ, родить отъ него дитя и записать за мужемъ, если только она не скрывала отъ послѣдняго рожденія дитяти.

Итакъ, подводя итогъ сказанному, незаконнорожденными по французскому кодексу будутъ признаваться: 1) дѣти, родившіяся до брака, 2) дѣти, родившіяся 300 дней спустя по его прекращеніи, 3) дѣти, родившіяся въ бракѣ, но раньше 180 дней со времени его заключенія и не признанныя мужемъ, 4) дѣти, родившіяся въ бракѣ послѣ 180 дней отъ его заключенія, но если будетъ доказана или физическая невозможность сожительства мужа съ женой, или прелюбодѣяніе жены

---

[1]) Demolombe, V, 45—61; Laurent, III, 449—460. Marcadé, 6—12.—E. Acollas, Manuel de droit civil. T. I, 296, 297.

Digitized by Google

или, наконецъ, если дитя будетъ зачато въ періодъ разлученія супруговъ [1]).

О доказательствахъ незаконнаго рожденія. Познакомившись съ вопросомъ, кого признаетъ французскій кодексъ незаконнорожденнымъ, мы займемся теперь изученіемъ доказательствъ незаконнаго сыновства.

Здѣсь прежде всего мы отмѣтимъ слѣдующій, достойный вниманія, фактъ. При установленіи системы доказательствъ незаконнаго сыновства, законодатель упорно преслѣдуетъ одну мысль—обставить, по возможности, трудными условіями эти доказательства. Эту исходную точку зрѣнія законодателя нелишне имѣть въ виду, такъ какъ, при частыхъ пропускахъ въ законѣ, по разсматриваемому вопросу, французскіе цивилисты прибѣгаютъ къ аналогическому примѣненію статей о доказательствахъ законнаго сыновства, которое, напротивъ, всемѣрно покровительствуется закономъ. Этимъ навязываются законодателю мысли, которыхъ онъ вовсе не имѣлъ; изъ этого же вытекаетъ масса ничѣмъ непримиримыхъ противорѣчій между отдѣльными статьями кодекса.

Есть три рода доказательствъ законнаго сыновства: титулъ, пользованіе правами законнорожденности и свидѣтельскія показанія.

Разсмотримъ, какъ примѣняется каждое изъ этихъ доказательствъ къ незаконному сыновству.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

О признаніи незаконнорожденнаго (réconnaissance). О титулѣ (titre).

Титулъ для законнорожденныхъ составляетъ ихъ актъ о рожденіи. Это первое и лучшее доказательство происхожденія лица отъ извѣстныхъ родителей—паспортъ, который дается закономъ человѣку, при вступленіи его въ гражданское общество, какъ выражается одинъ французскій цивилистъ. Но бѣда, что въ такомъ паспортѣ отказывается незаконнорожденному. Актъ о рожденіи, самъ по себѣ, по отношенію къ незаконному дитяти, есть только документъ, удостовѣряющій его возрастъ [2]).

---

[1]) Demolombe, V, 61—74.—Laurent, III, 460, 461.—Marcadé, II, 12, 13. Acollas, I, 297.

[2]) Практика, впрочемъ, держится мнѣнія, что въ актъ о рожденіи не-

Digitized by Google

Вводитъ въ гражданскую жизнь незаконнорожденнаго не актъ о рожденіи, а *актъ признанія*, онъ, слѣдовательно, и составляетъ титулъ для него. Посмотримъ, при какихъ условіяхъ пріобрѣтается этотъ титулъ незаконнорожденнымъ, а именно: кто имѣетъ право дѣлать признаніе, кто можетъ быть признанъ, въ какой формѣ дѣлается признаніе и случаи недѣйствительности его.

О лицахъ, дѣлающихъ признаніе. Право признанія принадлежитъ родителямъ незаконнорожденнаго. Это право принадлежитъ каждому изъ нихъ лично, такъ, что признаніе, сдѣланное только отцемъ, влечетъ за собою сыновство отеческое, признаніе, сдѣланное только матерью, сыновство материнское. Такъ понимается этотъ законъ новѣйшими французскими цивилистами (Демоломбъ, Маркаде, Лоранъ, Баре, Аколла) [1]). Но не такъ понимала его прежде доктрина, а въ особенности несогласна и до сихъ поръ съ подобнымъ толкованіемъ практика. Редакція 336 статьи нѣсколько темная [2]) даетъ нѣкоторымъ поводы думать, что отецъ имѣетъ право указать мать дитяти, и что это указаніе, подтвержденное ея признаніемъ, хотя бы и безмолвнымъ, устанавливаетъ сыновство материнское. Такое толкованіе статьи практика защищаетъ, вслѣдствіе трудности въ процессахъ держаться въ тѣхъ тѣсныхъ рамкахъ доказательства сыновства, которыя даны закономъ. Но дѣло въ томъ, что толкованіе практики не согласно съ мыслью законодателя. Приготовительныя работы къ кодексу показываютъ, напротивъ, что редакторы имѣли въ виду поставить сыновство материнское въ такое же независимое положеніе, какъ и сыновство отеческое. Окончательная, принятая въ Государственномъ Совѣтѣ, редакція статьи была слѣдующая: „la reconnaissance d'un enfant naturel n'a d'éffet, qu'à l'égard de celui qui l'aura reconnu". Мало того, это мнѣніе практики противно и той общей статьѣ (35), которая запрещаетъ чиновнику de l'état civil заносить въ свои акты все, не относящееся лично къ тому, по чьей

законнаго дитяти надо вносить имя матери. Но, по справедливому замѣчанію *Лорана*, нѣтъ закона, на которомъ можно было бы основать этотъ обычай практики. (Т. IV, 14 и слѣд.).

[1]) Demolombe, V, 405 и слѣд.—Marcadé, II, 54 и слѣд.—Laurent, IV, 50 и слѣд.—Baret, 67 и слѣд.—Acollas, I, 335.

[2]) Вотъ эта статья: la reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère n'a d'effet qu'a l'égard du père.

Digitized by Google

просьбѣ составляется актъ, слѣдовательно, наименованіе матери безъ ея согласія не только не влечетъ за собой юридической силы акта, но прямо противузаконно. Вслѣдствіе этого строго личнаго характера, признанія, не допускается также и *заступничество* въ немъ. Поэтому опекунъ не можетъ признавать отъ имени малолѣтняго или находящагося подъ запрещеніемъ, conseil judiciaire—отъ имени состоящаго подъ его вѣдомствомъ и т. п. Представительство по уполномочію дозволяется, но законъ требуетъ, чтобы оно дано было въ формальномъ актѣ (authentique) [1]).

Актъ признанія—есть актъ воли, поэтому имѣющій право признанія долженъ удовлетворять условіямъ, требуемымъ закономъ относительно способности выражать эту волю. Но тутъ вопросъ вотъ какой: опредѣляются ли эти условія общими правилами, установленными для договоровъ, или же для разсматриваемаго случая существуютъ особыя постановленія. Мнѣнія раздѣляются. Одни стоятъ за договорныя условія, другіе ихъ не требуютъ. Защитники перваго мнѣнія говорятъ: мотивизація условій, требуемыхъ закономъ для совершенія договоровъ, приложима и къ признанію: здравый разсудокъ и зрѣлая воля также необходимы для признанія дитяти, какъ и для договора; потомъ, различныя причины неспособности къ юридическимъ дѣйствіямъ, исчисленныя въ статьѣ 1124, примѣнимы не только къ договорамъ, но ко всякой обязывающейся, хотя бы и единичной, волѣ. Наконецъ, если не руководствоваться правилами для договоровъ, то гдѣ найти другія въ замѣнъ ихъ [2]).

Демоломбъ и большая часть другихъ цивилистовъ, а равно и большинство практики, стоятъ однако за противоположное мнѣніе и вотъ почему. Code Civil, посвящаетъ спеціальную главу для опредѣленія условій признанія, слѣдовательно, только въ ней надо и искать правилъ для него.

Статья 1124 не приложима сюда уже потому, что признаніе есть актъ строго личный, не допускающій заступничества. Приходится, слѣдовательно, выбирать одно изъ двухъ: или отказать неспособнымъ (incapables) совсѣмъ въ правѣ дѣлать признаніе, или дозволить его. Выбрать можно только второе.

---

[1]) Art. 36, 334.

[2]) О томъ, кто за и кто противъ этой теоріи, см. ниже.

Digitized by Google

На этомъ основаніи признаніе можетъ быть сдѣлано:

1) Замужней женщиной безъ авторизаціи мужа или суда.

2) Малолѣтнимъ не эмансипированнымъ безъ авторизаціи опекуна.

3) Малолѣтнимъ эмансипированнымъ безъ участія попечителя.

4) Находящимся подъ судебнымъ запрещеніемъ, вслѣдствіе поврежденія умственныхъ способностей, во время свѣтлыхъ промежутковъ.

5) Лицамъ, находящимся подъ надзоромъ судебнаго совѣта (Conseil judiciaire) безъ согласія этого совѣта [1]) [2]).

О признаваемомъ. Всякій незаконнорожденный можетъ быть признанъ родителями въ теченіи всей своей жизни. Спрашивается, можно ли признать ребенка до рожденія, т. е. когда онъ еще находится въ утробѣ матери. Единодушный отвѣтъ и теоріи, и практики—утвердительный, согласно принципу еще римскаго закона nasciturus habetur pro jam nato quoties de commodis ipsius partus quaeritur.

Равносильно признанію и объявленіе о беременности, сдѣланное женщиной передъ компетентнымъ чиновникомъ. Ребенокъ, который впослѣдствіи родится отъ нея, считается признаннымъ. Но если мужъ, сдѣлавъ признаніе зачатаго ребенка, назначилъ примѣрное время его рожденія, и еслибы послѣднее слишкомъ разнствовало отъ назначеннаго времени, то судъ могъ бы отнять силу и у самаго признанія. Итакъ до рожденія дитя можетъ быть признано.

Другой вопросъ—возможно-ли признаніе *послѣ смерти дитяти?* Въ одномъ случаѣ несомнѣнно. По статьѣ 522 узаконеніе можетъ имѣть мѣсто и въ пользу умершихъ дѣтей, оставившихъ потомство, а такъ какъ, согласно статьѣ 331, узаконеніе немыслимо безъ признанія,

---

[1]) Съ этимъ мнѣніемъ согласенъ и Accolas, только мотивы его нѣсколько другіе. Стр. 335—336, а равно Marcadé, II, 57, Cadrès, 29—31 и Baret 71—72. Лоранъ (IV, 50 и слѣд.) напротивъ, дозволяетъ самостоятельно признавать лишь l'interdit и находящемуся подъ надзоромъ совѣта, а отказываетъ малолѣтнимъ и замужней женщинѣ, причемъ, относительно послѣдней, ссылается на то, что нѣтъ закона, который бы устранилъ общее правило кодекса, что жена для юридическихъ дѣйствій должна имѣть разрѣшеніе мужа, аргументъ странный при очевидности 336 статьи, именно разрѣшающей отступленіе отъ этого общаго правила.

[2]) Demolombe, V, 404—418.—Marcadé, II, 54—56.—Laurent, IV, 50—69. Baret, 67—72.—Cadrès, 6—14.

Digitized by Google

то, само собою, слѣдуетъ, что если возможно узаконеніе умершихъ дѣтей, то возможно и признаніе [1]).

Но такое рѣшеніе вопросу дается всегда при одномъ условіи: если у незаконнорожденнаго были дѣти. Спрашивается, остается ли въ силѣ изложенное правило въ томъ случаѣ, если незаконнорожденный умеръ безпотомно? Тутъ уже нѣтъ единодушія, а есть разногласіе. Одни разсуждаютъ такъ:

1) Признаніе имѣетъ цѣлью интересы дитяти, а такъ какъ, когда нѣтъ ни дитяти, ни его потомства, не можетъ быть его интересовъ— нѣтъ, слѣдовательно, цѣли; то не должно быть мѣста и признанію, какъ слѣдствію.

2) Допустить признаніе въ этомъ случаѣ, значитъ допустить постыдную спекуляцію на дѣтское наслѣдство родителей, отказавшихся признать дитя своимъ, при жизни его.

3) Дитя, умершее безпотомно, не можетъ быть узаконено, а такъ какъ признаніе есть почти узаконеніе, лишь въ меньшей мѣрѣ, то, слѣдовательно, гдѣ невозможно узаконить, тамъ невозможно и признать [2]).

На это возражаютъ:

1) Признаніе родителями незаконныхъ дѣтей есть не только обязанность ихъ, но и право; законъ же этому праву срока не полагаетъ.

2) Невѣрно, что признаніе установлено лишь въ интересахъ дитяти, интересъ общественный здѣсь также играетъ роль; потомъ, тутъ интересъ не односторонній, а взаимный. т. е. не только дитяти, но и родителей (относительно алиментовъ и права наслѣдства).

3) Нельзя винить всегда родителей, что они не сдѣлали признанія, при жизни дитяти. Это могло произойти по независящимъ отъ нихъ обстоятельствамъ, напримѣръ, вслѣдствіе душевной болѣзни родителей, скоропостижной смерти родившагося ребенка и т. п. [3]).

---

[1]) Мнѣніе ученыхъ (Demolombe V, 440, Laurent IV, 70. Acollas, 336, Marcadè, II 50, Cadrés 33, Baret, 73) идетъ въ семъ случаѣ съ полнымъ основаніемъ еще дальше. Они говорятъ, что признаніе умершаго дитяти имѣетъ силу, если оно признано даже и не для узаконенія, ибо мотивъ остается всегда однимъ и тѣмъ же—польза нисходящихъ признаваемаго.

[2]) Acollas, 337.—Marcadé, II, 50.

[3]) Изложенное мнѣніе преобладающее: оно принадлежитъ Демоломбу V, 438—445, Лорану, IV, 69—72, Кадре (стр. 33) и Баре (стр. 73—74).

Digitized by Google

Понятно послѣ сказаннаго, что нѣтъ надобности въ согласіи дитяти на признаніе; оно можетъ быть сдѣлано не только безъ его вѣдома и согласія, но даже и противъ воли его. Разумѣется, дитя можетъ впослѣдствіи оспаривать признаніе [1]).

Перейдемъ теперь къ *формѣ признанія*. Статья 334 говоритъ: „признаніе должно быть совершено посредствомъ acte authentique, если оно не сдѣлано въ актѣ о рожденіи дитяти". Итакъ законъ требуетъ непремѣнно публичнаго акта для признанія. Этимъ хочетъ онъ, съ одной стороны, гарантировать свободу и искренность признанія, съ другой, дать ему свойство неотмѣняемости, и, съ третьей, обозначить точно время признанія. Согласно съ этимъ правиломъ, всякое признаніе, сдѣланное въ актѣ частномъ, недѣйствительно, хотя бы этотъ актъ былъ завѣщаніемъ собственноручнымъ или тайнымъ (olographe ou mystique). Но признаніе, помѣщенное въ завѣщаніи публичномъ, будетъ имѣть силу, такъ какъ публичное завѣщаніе, какъ натоpіальный актъ, есть acte authentique.

Что касается *власти*, имѣющей право принимать признаніе, то на этотъ счетъ существуютъ слѣдующія постановленія.

Лицами компетентными для принятія актовъ признанія считаются прежде всего *les officiers de l'état civil* [2]) въ предѣлахъ своей общины, причемъ, все равно, имѣютъ ли въ этой общинѣ мѣстожительства заинтересованныя стороны и признаваемый, или не имѣютъ. Затѣмъ, то же право, согласно закону 2 Вантоза XI года и закону 21 іюля 1843, принадлежитъ и *нотаріусамъ*, въ предѣлахъ ихъ вѣдомства. Кромѣ того признано, что принимать актъ о reconnaissance могутъ также и другіе чиновники (officiers publics), „когда такіе акты имѣютъ связь съ фактами, входящими въ кругъ ихъ вѣдѣнія" (Baret). Поэтому признаніе можетъ быть принято: во 1-хъ, судомъ гражданскимъ или уголовнымъ (ст. 1356), во 2-хъ, les juges commissaires ou instructeurs, въ 3-хъ, мировымъ судьей, засѣдающимъ въ качествѣ примирителя или предсѣдателя семейнаго совѣта, но только въ этихъ случаяхъ, внѣ же судебнаго бюро, мировой судья, хотя бы и совмѣстно съ своимъ письмоводителемъ (greffier) не можетъ принимать признанія.

---

[1]) Art. 339. Demolombe, V, 437.

[2]) Art. 62, 331 и 334.

Digitized by Google

Тѣмъ менѣе признается компетентнымъ для сей цѣли самъ письмоводитель мироваго судьи, а равно и другіе судебные и административные чиновники, какъ то: чины полиціи, меры, префекты, huissiers [1]), а также и приходскіе священники.

Относительно самаго *порядка записки актовъ*, статья 62 говоритъ, что officier de l'état civil долженъ записать актъ въ свой реестръ и кромѣ того отмѣтить объ этомъ въ актѣ о рожденіи. Спрашивается, нужно ли и нотаріусу, записавши признаніе у себя, еще распорядиться о занесеніи его въ реестръ de l'état civil. Отвѣчаютъ, и совершенно основательно: нѣтъ надобности, такъ какъ право записки у нотаріусовъ затѣмъ и предоставлено, чтобы дать признающему возможность избѣжать огласки, связанной съ занесеніемъ въ указанный реестръ [2]).

Признаніе, какъ актъ единичной воли, создающей титулъ изъявителю ея и лицу, по поводу котораго она изъявляется, не можетъ быть актомъ безспорнымъ. Споръ можетъ возникнуть или вслѣдствіе безусловной недѣйствительности акта признанія (nullité), или же лишь вслѣдствіе относительной недѣйствительности его.

Безусловно недѣйствительнымъ (nul) актъ признанія будетъ тогда, когда онъ заключаетъ въ себѣ нарушеніе существенныхъ условій матеріальныхъ или формальныхъ, а именно:

---

[1]) Относительно huissiers не всѣ согласны въ ихъ некомпетентности. Такъ Маркаде (art. 334) и Баре (p. 76) полагаютъ, что если отецъ или мать, въ отвѣтъ на повѣстку huissier, заявитъ, что такое-то лицо есть ихъ дитя, и если о семъ будетъ составленъ протоколъ (procès verbal), то такое признаніе будетъ имѣть силу. Напротивъ, Лоранъ (IV, 76 и слѣд.) вовсе не допускаетъ компетентности другихъ лицъ въ принятіи актовъ réconnaissance, кромѣ чиновниковъ de l'état civil и нотаріусовъ. Онъ говоритъ, что судъ имѣетъ одно дѣло рѣшать процессы, а не совершать акты, иначе произойдетъ смѣшеніе спорной юстиціи съ безспорной. Мнѣніе, изложенное въ текстѣ преобладающее: оно принадлежитъ—Демоломбу (V, 420 и слѣд.), Аколла (I стр. 333), Кадре (стр. 19 и слѣд.).

[2]) Demolombe, V, 428—432. Laurent, IV, 86—89.—Baret, 77—78.—Cadrès, 25. Напротивъ, Marcadé, art. 62 и Acollas, 85, основываясь на буквѣ закона, говорящаго: l'acte de reconnaissance d'un enfant sera inscrit sur les registres, à sa date, требуютъ занесенія въ реестръ и признанія, сдѣланнаго нотаріусомъ. Но смыслъ закона, очевидно, долженъ имѣть перевѣсъ надъ его буквой.

Digitized by Google

1) Когда признаніе сдѣлано не родителями, а другими лицами, первыми неуполномоченными.

2) Когда оно сдѣлано родителями, не владѣющими умственными способностями.

3) Когда выражено признаніе ребенка еще не зачатаго.

4) Когда оно сдѣлано предъ чиновникомъ рѣшительно не компетентнымъ (напр. предъ полицейскимъ чиновникомъ).

5) Когда признаніе заключено въ форму частнаго акта [1]).

Признаніе можетъ быть *оспорено* (недѣйствительно относительно), когда оно дано въ обстоятельствахъ, нарушающихъ свободное дѣйствіе воли, или же когда оно выражено, съ несоблюденіемъ законной формы. Кодексъ не даетъ на этотъ предметъ спеціальныхъ постановленій, но правила выводятся наукой изъ общихъ постановленій о выраженіи воли въ обязательствахъ [2]).

Согласно этимъ правиламъ признаніе можетъ быть оспорено:

1) Когда оно есть результатъ ошибки (l'erreur). Ошибка, въ силу общей статьи 1110, должна быть въ существѣ предмета. Въ признаніи этотъ существенный предметъ составляетъ лице дитяти; слѣдовательно, можетъ быть оспорено признаніе, учиненное съ ошибкой въ лицѣ признаваемаго.

2) Можетъ быть оспорено признаніе, сдѣланное вслѣдствіе злаго умысла, т. е., если будетъ доказано, что отецъ или мать дѣйствовали, признавая ребенка своимъ, подъ вліяніемъ обмана [3]).

---

[1]) Къ изложеннымъ случаямъ Baret присоединяетъ еще случай признанія противнаго истинѣ (78); но, какъ самъ онъ основательно замѣчаетъ, случай этотъ требуетъ строгой провѣрки, при примѣненіи его, и потому то, замѣтимъ отъ себя, ему лучше дать мѣсто въ ряду причинъ недѣйствительности относительной. Лоранъ же всѣ изложенные случаи называетъ не случаями недѣйствительности, а случаями несуществованія акта, (inexistants), мотивируя тѣмъ, что on ne peut pas logiquement demander la nullité du néant (69); но тутъ разница лишь въ словахъ, ибо послѣдствія inexistance тѣ же, что и nullité. Кромѣ того, согласно указанному выше мнѣнію этого автора, недѣйствительно также признаніе жены безъ согласія мужа и малолѣтняго безъ согласія опекуна (IV, 100).

[2]) Art. 1117.

[3]) Art. 1116.

Digitized by Google

3) Когда признаніе есть результатъ насилія, угрозы [1]). Тутъ вопросъ—искъ судебный о recherche можно ли разсматривать какъ угрозу? Демоломбъ отвѣчаетъ, что это дѣло факта. Лоранъ критикуетъ Демоломба и говоритъ, если возбужденъ искъ серьёзный, онъ можетъ считаться угрозой, если же съ цѣлью напугать, то нельзя его признать таковымъ. Но, вѣдь, это и есть то, что говоритъ Демоломбъ, т. е., что a priori вопросъ не можетъ быть рѣшенъ [2]).

4) Признаніе можетъ быть оспорено, если въ немъ есть недостатки формальные, но, впрочемъ, не такіе, которые влекутъ за собой безусловную недѣйствительность акта, а именно: оспаривать признаніе можно тогда, когда оно заявлено предъ чиновникомъ, не въ предѣлахъ ему подвѣдомаго округа, или когда въ актѣ допущена ошибка, (разумѣется, не въ существѣ акта).

5) Когда признаніе не есть выраженіе истины и даетъ дитяти сыновство неподлинное, напр., если будетъ доказано, что объявившая себя матерью дитяти вовсе не рожала въ эпоху рожденія этого дитяти.

Вотъ случаи, когда признаніе можетъ быть лишено своей силы. Спрашивается теперь, кому и въ какомъ объемѣ дано право оспаривать признаніе, понимая слово оспаривать въ обширномъ смыслѣ. На этотъ вопросъ статья 339 даетъ отвѣтъ въ слѣдующихъ словахъ: „всякое признаніе можетъ быть оспорено всѣми заинтересованными въ этомъ лицами". Такими заинтересованными лицами будутъ:

1) Дитя признанное.

2) Его законные родители.

3) Всякое лицо, признавшее то-же (т. е. признанное) дитя.

4) Самъ признавшій или его родители, послѣдніе даже и при жизни признавшаго [3]).

---

[1]) Art. 1111—1114.

[2]) Demolombe, V, 413. Laurent IV, 102—103.

[3]) Относительно признавшаго возбуждается такой интересный вопросъ: можетъ ли онъ отрицать свое признаніе по недостатку искренности въ немъ, проще говоря, на томъ основаніи, что онъ солгалъ. Одни говорятъ—можетъ; такъ какъ статья выражается общо—„всѣ заинтересованныя лица могутъ оспаривать", а и солгавшій, очевидно, имѣетъ интересъ; потомъ, прибавляютъ, порядокъ общественный требуетъ, чтобы такое признаніе оставалось въ силѣ. (Laurent, IV, 116.—Baret, 81). Другіе (Acollas, I, 343—344;—Demolombe, V, 467

Digitized by Google

5) Наслѣдники признавшаго.

6) Наконецъ, всѣ имущественно заинтересованныя лица [1]).

Въ какой срокъ можетъ быть возбужденъ споръ указанными лицами? Согласно преобладающему мнѣнію, искъ объ относительной недѣйствительности признанія подлежитъ общей 30-лѣтней давности (2262), какъ всякое выраженіе воли, напротивъ, искъ объ абсолютной недѣйствительности признанія вовсе не покрывается давностью, такъ какъ здѣсь рѣчь идетъ о гражданскомъ состояніи лица, которое (т. е. состояніе), по общему правилу, не подлежитъ давности [2]).

Чтобы покончить съ вопросомъ, о признаніи надо сказать еще *о дѣйствіи* его.

Признаніе, по самой природѣ своей, есть актъ *не подлежащій отмѣнѣ*, (irrévocable), какъ воля, во первыхъ, не договорная, во вторыхъ, создающая правосостояніе для лица признаваемаго. Но бываютъ случаи, когда этотъ актъ, самъ по себѣ, не отмѣняемый, помѣщается въ другомъ актѣ, по природѣ отмѣняемомъ. Такой случай возникаетъ тогда, когда признаніе дѣлается въ такъ называемомъ testament public. Завѣщаніе, по существу своему, подлежитъ отмѣнѣ. Спрашивается, съ отмѣной завѣщанія, должно ли пасть и признаніе. Вопросъ вводитъ въ принципіальное противорѣчіе. Французскіе цивилисты, рѣшая его, дѣлятся на два лагеря. Одни стоятъ за отмѣну признанія, съ отмѣной

и слѣд.), отвѣчаютъ: статья говоритъ о спорѣ не отца, а о спорѣ противъ признанія, сдѣланнаго отцомъ, слѣдовательно, о спорѣ всѣхъ другихъ лицъ кромѣ отца; далѣе, твердость и прочность общественной жизни не должна допускать колебанія въ такомъ институтѣ, какъ признаніе. Въ самомъ дѣлѣ, если дать принципу оспариванія свободу, то вся жизнь незаконнорожденнаго можетъ быть лишь непрерывнымъ споромъ.

[1]) Marcadé (art. 339) дѣлитъ заинтересованныхъ лицъ на имѣющихъ моральный интересъ и имѣющихъ интересъ денежный. Очевидно, что такое дѣленіе неточно, такъ какъ почти всѣ исчисленныя лица имѣютъ одинаково и моральный, и денежный интересы, разумѣется, только въ различной мѣрѣ.

[2]) Demolombe V, 445—481.—Marcadé II, 67—73.—Acollas I, 337—345.—Baret, 78—84. Laurent IV, 95—122.—Cadrés, 33—35.

Digitized by Google

завѣщанія, другіе за удержаніе. Первые: Демоломбъ [1]), Лоранъ [2]), Баре [3]), говорятъ:

1) Для всѣхъ распоряженій въ завѣщаніи одно правило: онѣ дѣйствительны до отмѣны. Признаніе не можетъ быть исключеніемъ.

2) Признаніе, сдѣланное въ завѣщаніи, надо разсматривать какъ проектъ, которому лишь въ будущемъ суждено стать окончательнымъ выраженіемъ воли.

Противники: Zachariae [4]), Cadrés [5]) на это отвѣчаютъ: признаніе, по самой природѣ своей, есть актъ, не допускающій отмѣны. Слѣдовательно, отмѣна завѣщанія здѣсь безразлична—завѣщаніе можетъ быть замѣнено другимъ, но признаніе должно оставаться въ силѣ.

Для насъ представляется болѣе убѣдительнымъ первое мнѣніе. Въ самомъ дѣлѣ, если законъ позволяетъ дѣлать признаніе и въ завѣщаніи, то этимъ онъ eo ipso подчиняетъ судьбу его судьбѣ завѣщанія, а такъ какъ отмѣняемость есть pars integra завѣщательной воли, то, слѣдовательно, и признаніе, какъ часть этой воли, тоже должно подлежать отмѣнѣ.

Кромѣ неотмѣняемости актъ признанія, какъ констатирующій status лица, имѣетъ *дѣйствіе въ отношеніи всѣхъ и даже противъ всѣхъ.* Изъ этого правила есть одно, и весьма существенное, исключеніе. Вотъ оно: признаніе, сдѣланное во время брака однимъ изъ супруговъ въ пользу незаконнаго дитяти, прижитаго этимъ супругомъ съ другимъ лицомъ до брака, не можетъ вредить ни законному супругу признавшаго, ни ихъ общимъ дѣтямъ. Но это признаніе возъимѣетъ свое дѣйствіе послѣ прекращенія брака, если отъ него не останется дѣтей [6]).

Законодатель хочетъ этой статьей охранить миръ въ семьѣ, удаляя изъ нея члена, который имѣетъ родственную связь лишь съ однимъ супругомъ и совершенно чуждъ другому. Въ силу этого законоположенія, незаконнорожденный добрачный не будетъ имѣть никакого участія

---

[1]) Т. V, 471 и слѣд.

[2]) Т. IV, 124, 125.

[3]) Стр. 84, 85, 153, 154.

[4]) Т. IV, p. 62.

[5]) Стр. 18.

[6]) Art. 337.

Digitized by Google

въ наслѣдствѣ своего отца или матери, если его родитель оставилъ послѣ себя или супруга, или законныхъ дѣтей. Всѣ права его, такимъ образомъ, будутъ сведены къ праву на содержаніе. Большинство ученыхъ [1]) полагаютъ, что статья эта должна быть одинаково приложима какъ къ добровольному признанію, такъ и къ принудительному, потому что мотивы закона—охранить согласіе въ семьѣ одинаковы и имѣютъ мѣсто въ обоихъ случаяхъ признанія [2]).

О пользованіи правосостояніемъ. Possession d'état. Послѣ титула второй способъ доказательства законнаго сыновства составляетъ *пользованіе состояніемъ* (possession d'état). Если Иванъ позволяетъ Петру носить свою фамилію, если онъ его воспитываетъ, если онъ обращается съ нимъ какъ съ сыномъ, и если, со стороны общества, послѣдній признается таковымъ, то не доказываетъ-ли это, что Петръ есть, дѣйствительно, сынъ Ивана? Конечно, доказываетъ. Теперь вопросъ—приложимъ ли этотъ способъ доказательства и къ незаконному сыновству? Закона нѣтъ, который бы отвѣтилъ на это и открывается, такимъ образомъ, просторъ для спора.

Одни (Proudhon и Duranton) говорятъ: possesion d'état можетъ доказывать *только* происхожденіе *отъ матери* (maternité), ссылаясь, въ подкрѣпленіе своего мнѣнія, главнымъ образомъ, на то, что розыскъ матери дозволенъ закономъ и, слѣдовательно, кодексъ одобряетъ вообще доказательство сыновства материнскаго [3]).

Другіе (Демоломбъ, Валеттъ) допускаютъ пользованіе состояніемъ не только для доказательства происхожденія *отъ матери*, но и *отъ отца*, при этомъ обыкновенно указываютъ:

1) На важность этого доказательства и на практическую пригодность его, какъ для опредѣленія сыновства законнаго, такъ и незаконаго.

2) На то обстоятельство, что пользованіе правами незаконнаго сыновства есть даже болѣе убѣдительное доказательство вѣрности его, чѣмъ это бываетъ при сыновствѣ законномъ; такъ какъ незаконно-

---

[1]) Demolombe, V, 495 и слѣд.—Marcadé, II, 63 и слѣд.—Baret, 56, 87. Laurent, IV, 185 и слѣд.

[2]) Demolombe, V, 481—503. Marcadé II, 56—67.—Laurent, IV, 122—129.—Acollas I, 337, 348, 349.—Cadrès, 18.—Baret, 84—88.

[3]) См. Demolombe, V, 512 и слѣд.

Digitized by Google

рожденному приходится преодолѣть предразсудки общества, пользуясь своимъ сыновствомъ.

3) отказывать въ этомъ способѣ доказательства значитъ отступать предъ очевидностью.

4) Приготовительныя работы къ кодексу подкрѣпляютъ такое толкованіе [1]).

Третьи [2]) говорятъ, что ни сыновство отцовское, ни сыновство материнское посредствомъ possession d'état не можетъ быть доказываемо незаконнорожденными. Почему?

1) Потому, что нѣтъ закона, который бы это дозволялъ: статья 320 допускаетъ этотъ способъ доказательства лишь для законныхъ дѣтей.

2) Въ главѣ, гдѣ рѣчь о незаконнорожденныхъ, даны только два способа доказательства сыновства: признаніе добровольное и принудительное.

3) Подробное разсмотрѣніе приготовительныхъ къ кодексу работъ, какъ это доказываетъ Baret [3]), убѣждаетъ, что у законодателя была мысль оставить possession d'état доказательствомъ лишь законнорожденности.

Защитники этой теоріи отдаютъ полную справедливость аргументаціи своихъ противниковъ, (II-й системы) но, совершенно основательно, прибавляютъ, что она хороша для законодателя, но не для судьи. Для судьи нужна не сила аргументаціи, будь она основана на самыхъ раціональныхъ принципахъ, а законъ. Но закона на сей случай нѣтъ. Съ этимъ послѣднимъ мнѣніемъ надо согласиться—оно соотвѣтствуетъ основной мысли французскаго законодателя, въ вопросѣ о незаконнорожденныхъ, а именно: затруднять, а не облегчать доказательство незаконнаго сыновства [4]).

---

[1]) Demolombe. V, 513 и слѣд., Acollas, I, 362.

[2]) Laurent, IV, 26, 27.—Marcadé, II, 78 и слѣд.—Baret, 107—109,—Cadrès, 74.

[3]) Стр. 109 и слѣд.

[4]) Demolombe, V, 511—530.—Laurent, IV, 25—41.—Acollas, 361, 362. Baret, 107—115. Cadrès, 74—84.

Digitized by Google

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

О розысканіи родителей (Recherche de la paternité et de la maternité).

Послѣдній способъ доказательства незаконнаго сыновства есть судебный. Незаконнорожденный, непризнанный своими родителями, можетъ доказывать свое происхожденіе отъ нихъ судомъ, технически говоря, *отыскивать* своихъ родителей. Къ этому способу доказательства незаконнаго сыновства французскій законъ относится весьма неодобрительно. Розысканіе отца вовсе запрещается кодексомъ; а розысканіе матери, хотя и дозволено, но обставлено такими строгими процессуальными требованіями, что на практикѣ почти равно запрещенію.

Законодатель въ этомъ случаѣ разсуждаетъ такъ: семья есть основа общественнаго порядка. Она—естественная охрана нравовъ, поэтому законодатель не можетъ относиться благопріятно къ незаконнымъ дѣтямъ, какъ къ видимому отрицанію семьи. Отсюда лишеніе ихъ почти всѣхъ частныхъ правъ, отсюда же и запрещеніе для нихъ розыскивать своего отца. Это одна сторона дѣла, которую имѣли въ виду редакторы Наполеонова Кодекса. Но есть еще и другая не менѣе существенная. Природа, говоритъ Bigot Préameneu, покрыла непроницаемой завѣсой передачу нашего существованія. Бракъ, прибавляетъ Duveyrier, хотя и не даетъ матеріальнаго доказательства этой передачи, но онъ даетъ законное предположеніе отчества. Когда брака нѣтъ, тогда нѣтъ уже ни матеріальныхъ признаковъ, ни легальнаго предположенія происхожденія одного лица отъ другаго. Остается одно средство доискиваться истины путемъ судебныхъ доказательствъ. Но тутъ то и открывается ихъ несостоятельность. Приходится заключать отъ однихъ фактовъ къ другимъ,—напримѣръ, отъ короткости отношеній между лицами въ періодъ соотвѣтствующій зачаточному сроку къ самому зачатію и т. п., приходится вызывать къ жизни процессы, которые деморализируютъ общественное приличіе. Вотъ почему законъ отказываетъ, разъ на всегда, въ судебномъ доказательствѣ отчества [1]). Въ своемъ мѣстѣ мы остановимся на этомъ принципѣ французскаго кодекса и на аргументахъ его творцовъ и защитниковъ, а теперь займемся изученіемъ самаго закона.

---

[1]) Laurent, IV, 130, 131.

Digitized by Google

Розысканіе отца. Recherche de la paternité. Статья 340 говоритъ: розысканіе отца воспрещается. Основываясь на этихъ категорическихъ словахъ закона, надо заключить, что розысканіе отца немыслимо, какъ *противъ него* дитятею для полученія содержанія или матерью для взысканія за причиненный вредъ и убытки, такъ и *противъ дитяти* съ цѣлью воспрепятствовать, напримѣръ, получить что либо даромъ или по завѣщанію отъ своего незаконнаго отца [1]). Такова буква закона—строгая, но безусловная.

Не смотря на эту точность закона, не всѣ толкуютъ его въ указанномъ смыслѣ. Такъ Лоранъ, вслѣдъ за практикой нѣкоторыхъ судовъ, думаетъ, что статья 340 въ одномъ случаѣ можетъ подлежать исключенію, а именно въ томъ, гдѣ рѣчь идетъ о вознагражденіи за причиненный вредъ. Вотъ какова аргументація защитниковъ этого исключенія. Они говорятъ: статья 1382 гласитъ что всякое дѣйствіе человѣка, причинившее другому вредъ, обязываетъ того, по винѣ (par la faute) котораго онъ произошолъ, вознаградить за этотъ вредъ потерпѣвшаго. Обольщеніе женщины есть несомнѣнная *вина* со стороны обольстителя (такой смыслъ придается слову séduire и въ общепринятомъ языкѣ [2]). Весь вопросъ, конечно, заключается въ томъ, кого надо признать обольстителемъ, такъ какъ часто обѣ стороны взаимодѣйствуютъ другъ на друга, и раскрыть, кто виноватъ, не легко. Но это чисто практическая сторона вопроса, которая должна быть сдана въ исключительное вѣдѣніе суда. Его дѣло изучить фактъ, оцѣнить его и вывести заключеніе. Только въ одномъ случаѣ можно утверждать, что обольщеніе несомнѣнно было на сторонѣ мужчины—когда доказано, что онъ обѣщалъ жениться на обольщенной.

Доказывая обольщеніе и требуя, въ силу его, вознагражденія, истица должна строго держаться основанія своего иска. Всякое доказательство, хотя бы косвенно связанное съ вопросомъ, кто отецъ ея дитяти, должно повлечь за собою потерю иска, такъ какъ законъ неумолимъ въ своемъ предписаніи на этотъ случай. Поэтому, если бы

---

[1]) Art. 338, 908.

[2]) En éffet, séduire d'après le Dictionnaire de l'Academie, veut dire tromper, faire corrompre, débaucher. Laurent, IV, 133.

Digitized by Google

женщина, ищущая вознагражденія за вредъ съ обольстителя, ссылалась между прочимъ, на фактъ беременности отъ него, то такой искъ былъ бы отвергнутъ всецѣло, какъ прямо противорѣчащій статьѣ 340.

Еще меньше былъ бы возможенъ искъ въ формѣ требованія вознагражденія за причиненный вредъ и вмѣстѣ алиментовъ для дитяти обольстителя, такъ какъ это было бы прямымъ розысканіемъ отчества [1]).

Всматриваясь ближе въ аргументацію, оправдывающую изложенное исключеніе, убѣждаешься не въ силѣ ея, а въ неудовлетворительности принципа, потребовавшаго этого исключенія. Въ самомъ дѣлѣ, если какой нибудь смѣлый законодатель взмахомъ пера и можетъ отвергнуть явленія дѣйствительной жизни, то этимъ онъ достигаетъ обыкновенно только одного разлада между жизнью и закономъ, а вовсе не реформы общественнаго порядка. Статья стоитъ въ кодексѣ, но фактъ начинаетъ скоро подтачивать несостоятельную теорію, вѣра въ нее падаетъ и начинаютъ пригонять законъ къ потребностямъ дня. Намъ нѣтъ надобности развивать эту мысль. Родное законодательство, къ сожалѣнію, слишкомъ много представляетъ примѣровъ на эту тему, чтобы на ней останавливаться.

Этотъ разладъ между закономъ и жизнью необыкновенно рельефно выступаетъ и въ разсматриваемомъ случаѣ. Сказать, что розыскъ отца безусловно запрещается, значитъ сказать, дѣйствительно, много, хотя и не все. Бываютъ явленія въ жизни, когда фактъ связи женщины съ мужчиной, съ одной стороны, такъ очевиденъ, а съ другой, такъ вопіюще безнравственъ, что ограничиться однимъ отрицаніемъ его невозможно. Приходится *искать* закона, подъ который можно было бы подвести фактъ. Такъ поступаютъ въ разсматриваемомъ случаѣ нѣкоторые французскіе суды, а вслѣдъ за ними, и Лоранъ. Они нашли общую статью о деликтахъ и примѣнили ее къ иску объ обольщеніи. Законъ, дѣйствительно, отысканъ, хотя и не кстати. Прежде всего, нельзя не сказать, что этотъ способъ примѣненія закона крайне неправиленъ и даже опасенъ. Мѣшать вмѣстѣ постановленія семейственнаго и имущественнаго правъ—это значитъ пользоваться статьями закона, а не кодексомъ. Отдѣленіе постановленій о семейственныхъ отношеніяхъ

---

[1]) **Laurent**, IV, 132—145.

Digitized by Google

отъ постановленій объ имущественныхъ вызывается необходимостью не одной лишь классификаціи этихъ отношеній, но и различной природой ихъ; это во первыхъ; во вторыхъ, есть правило толкованія законовъ, которое стало аксіомой. Смыслъ закона долженъ имѣть перевѣсъ надъ его буквой. Какой же смыслъ кодекса въ разсматриваемомъ случаѣ? Статья 340 воспрещаетъ розыскиваніе отца, основываясь на трудности доказывать отчество и на скандалёзности процессовъ. Законъ охраняетъ, словомъ, общественное приличіе. Что же мы видимъ въ искахъ объ intérêts—полнѣйшее нарушеніе этого общественнаго приличія; мало того, несравненно большее, чѣмъ это бываетъ, при розысканіи отца,—большее потому, что дѣло о розыскѣ отца и легче доказывается, и болѣе справедливо, чѣмъ взысканіе за обольщеніе. Въ самомъ дѣлѣ, какъ доказывать обольщеніе, мимо беременности, не труднѣе ли это доказательства отчества. Потомъ какова, a priori разсуждая, подкладка этого иска. Если говорятъ, что допустить розыскъ отца, значитъ допустить возможность ловушекъ для нечестныхъ женщинъ, то восколько же разъ вѣроятнѣе, что искъ объ обольщеніи можетъ быть самой удачной ловушкой для этихъ женщинъ. Старая французская практика краснорѣчиво отвѣчаетъ на эти вопросы, и можно удивляться, какъ на нее не обратили вниманія защитники разсматриваемой системы. Повторяемъ еще разъ сказанное. Люди, имѣющіе дѣло съ кодексомъ, не могутъ удовлетвориться его системой, они ищутъ выхода изъ нея, и вотъ какъ примѣръ этого выхода и, правда самый неудачный и есть сейчасъ изложенное ученіе о вознагражденіи за обольщеніе.

Изъ строгаго правила о запрещеніи розыска отца, законъ дѣлаетъ одно исключеніе. Въ случаѣ *похищенія*, говоритъ статья 340, если эпоха его совпадаетъ съ эпохой зачатія, похититель, по просьбѣ заинтересованныхъ сторонъ, можетъ быть признанъ отцомъ дитяти.

При редакціи этой статьи, сначала предполагалось дать ей форму болѣе рѣшительную: допустить признаніе отчества безъ приведенія другихъ доказательствъ кромѣ похищенія (Tronchet); но потомъ было принято въ соображеніе, что опредѣлить точно моментъ зачатія, дѣло невозможное, и что, слѣдовательно, зачатіе можетъ быть до или послѣ похищенія, и поэтому статью редактировали въ настоящемъ ея видѣ. Смыслъ ея таковъ—должно быть доказано похищеніе, должно быть соотвѣтствіе времени зачатія съ временемъ похищенія, должно быть доказано заин-

Digitized by Google

тересованными лицами, что родившійся ребенокъ принадлежитъ похитителю.

При разсмотрѣніи этой статьи, первый камень преткновенія, на который наталкиваются ученые, это смыслъ слова похищеніе (enlèvement). Статья выражается слишкомъ общо, и возникаетъ разногласіе въ ея толкованіи. Ставятся вопросы—предполагаетъ ли похищеніе *насиліе* и потомъ, не надо ли дѣлать *различія между похищеніемъ несовершеннолѣтнихъ* и *совершеннолѣтнихъ* женщинъ. Одни (Лоранъ) [1]) говорятъ, что насиліе есть непремѣнное условіе похищенія въ смыслѣ статьи 340, что законодатель и допустилъ исключеніе изъ общаго правила только потому, что фактъ нахожденія женщины во *власти* мужчины дѣлаетъ весьма вѣроятною половую связь между ними. Другіе (Маркаде, Демоломбъ), напротивъ, на ряду съ насиліемъ ставятъ обманъ и обольщеніе, основываясь на общепринятомъ смыслѣ слова enlèvement [2]). Наконецъ, третьи (Баре) говорятъ, что фактъ насилія, конечно, есть conditio sine qua non для enlèvement, но что enlèvement надо допустить и помимо насилія тамъ, гдѣ это дозволяетъ законъ. Основываясь поэтому на уголовномъ кодексѣ (Code Pénal, art. 354), признающемъ за enlèvement—похищеніе малолѣтней посредствомъ обмана и увозъ, при посредствѣ обольщенія, малолѣтней до 16 лѣтъ, они устанавливаютъ такіе случаи похищенія:

1) Когда кто уводитъ или удерживаетъ насильно женщину малолѣтнюю или совершеннолѣтнюю,

2) Когда кто уводитъ малолѣтнюю посредствомъ насилія или обмана,

3) Когда кто уводитъ малолѣтнюю до 16 лѣтъ посредствомъ обмана или обольщенія [3]).

Эта послѣдняя теорія, конечно, самая справедливая. Но, какъ доказано еще Валеттомъ [4]), эта классификація, позаимствованная изъ уголовнаго кодекса, сюда не приложима, такъ какъ статья 340 редактирована тогда, когда былъ въ силѣ еще Code Pénal 1791, не приз-

---

[1]) Laurent IV, 146, 147.

[2]) Demolombe V, 546 и слѣд.—Marcadé, II, 74.

[3]) Baret, 97 и слѣд.

[4]) См. Cadrès, 44, 45.

Digitized by Google

нававшій этой классификаціи. Такимъ образомъ, если не самымъ справедливымъ, то самымъ подходящимъ къ духу закона будетъ первое мнѣніе, которое ставитъ непремѣннымъ условіемъ похищенія, насиліе, и которое не дѣлаетъ никакого различія между совершеннолѣтними женщинами и несовершеннолѣтними [1]).

Разсматриваемая статья лаконизмомъ своей редакціи возбуждаетъ еще другой вопросъ; можно ли подвести подъ *нее изнасилованіе?* Хотя и есть сторонники мнѣнія, что эта статья должна быть толкуема лишь въ строго ограничительномъ смыслѣ, основывая это на текстѣ ея, на подготовительныхъ работахъ къ кодексу, и на томъ обстоятельствѣ, что изнасилованіе не есть непремѣнное доказательство зачатія [2]), однако большинство (Demolombe, Marcadé, Baret) того мнѣнія, что изнасилованіе должно непремѣнно подразумѣваться статьею, такъ какъ, по выраженію Демоломба, оно есть ничто иное, какъ моментальное похищеніе [3]).

Похищеніе и изнасилованіе не доказываютъ eo ipso, что дитя родившееся отъ изнасилованной или похищенной, принадлежитъ похитителю или изнасиловавшему, хотя бы и срокъ зачатія совпадалъ съ эпохой насилія или похищенія. Законъ говоритъ „pourra", слѣдовательно, должны быть представлены еще доказательства. Каковы должны быть эти доказательства, законъ не опредѣляетъ; это дѣло факта, и судъ можетъ воспользоваться всѣмъ для своего убѣжденія [4]).

Теперь мы перейдемъ къ вопросу *о розысканіи матери (recherche de la maternité).*

Розысканіе матери дозволено, однако, какъ увидимъ ниже, оно обставлено довольно строгими условіями. Мы разсмотримъ сюда относящіяся постановленія кодекса въ такомъ порядкѣ. Сначала о лицахъ, имѣющихъ право розыскивать мать незаконнорожденнаго и объ объемѣ ихъ правъ въ этомъ случаѣ, а потомъ о формѣ этого розыска.

Итакъ сначала *кому* принадлежитъ право дѣлать розыскъ. Это право, по силѣ природы, принадлежитъ, конечно, прежде всего самому

---

[1]) Съ этимъ мнѣніемъ согласенъ и Marcadé, II, 74.

[2]) Zachariae, t. IV, 72, Cadrès 45, Acollas, I, 356.

[3]) Demelombe, V, 551—554.—Marcadé, II, 74.—Baret, 99.

[4]) Demolombe, V, 542—556.—Acollas, I, 353—356.—Marcadé. II, 73—75.—Laurent, IV, 129—151.—Baret, 96—102, Cadrès, 41—46.

Digitized by Google

незаконнорожденному или, отъ лица его, его представителямъ. Но это право отличается отъ другихъ частныхъ правъ лица. Хотя въ волѣ дитяти доказывать или не доказывать, что такая то женщина его мать, но оно не можетъ ни отречься отъ этого права въ пользу другихъ, ни вообще сдѣлать его предметомъ какой бы то ни было сдѣлки. Итакъ первое и существенное свойство этого права есть его *неотчуждаемость*. Затѣмъ второе, какъ слѣдствіе, вытекающее изъ перваго, есть *безсрочность* исковъ о розыскѣ. Слѣдовательно, никакая давность не можетъ помѣшать розыскивать свою мать [1]). Въ этомъ характерѣ разсматриваемаго иска, по отношенію къ дитяти, вообще не сомнѣваются, но возникаетъ сомнѣніе относительно другихъ лицъ, дѣйствующихъ во имя дитяти—и прежде всего, относительно *наслѣдниковъ* незаконнорожденнаго. Здѣсь есть три мнѣнія. Одни говорятъ, что искъ этотъ вовсе не подлежитъ наслѣдственному переходу, основывая это, во первыхъ, на строго личномъ характерѣ его, во вторыхъ, на непримѣнимости сюда постановленій статей 329 и 330, допускающихъ такой переходъ, какъ относящихся спеціально къ законному рожденію, и не повторенныхъ въ главѣ о незаконнорожденныхъ, и въ третьихъ, на общемъ смыслѣ закона, стремящагося ограничивать, а не увеличивать такого рода иски.

Другіе, напротивъ, говорятъ, что искъ о розыскѣ несомнѣнно подлежитъ переходу и аргументируютъ такъ.

1) Законъ говоритъ, что наслѣдники преемствуютъ во всѣхъ имущественныхъ правахъ и искахъ покойнаго [2]), кромѣ тѣхъ, которые не подлежатъ наслѣдственному переходу, но такого ограниченія не установлено для иска о розыскѣ.

2) Къ этому иску должны быть приложимы общія постановленія о наслѣдственномъ переходѣ, а не спеціальныя постановленія статей 329 и 330. Возраженіе, что, при такомъ примѣненіи закона, незаконнорожденныя очутятся въ болѣе благопріятномъ положеніи, нежели законнорожденныя, ничего не доказываетъ. Законъ, дѣйствительно, обставилъ искъ о пріобрѣтеніи правосостоянія для законнорожденныхъ болѣе строгими условіями, чѣмъ для незаконнорожденныхъ, и это по-

---

[1]) Эти особенности относятся также и къ иску объ отчествѣ.

[2]) Art. 724.

Digitized by Google

тому, что дѣйствіе иска первыхъ захватываетъ несравненно важнѣе права, нежели результатъ иска послѣднихъ.

3) Что до скандальности этихъ исковъ, то они остаются все съ тѣмъ же характеромъ, когда ихъ ни допускать: при жизни или послѣ смерти незаконнорожденнаго [1]).

Наконецъ, третье и господствующее мнѣніе держится слѣдующей мысли. Вопросъ о переходѣ къ наслѣдникамъ иска о розыскѣ матери долженъ быть рѣшенъ на основаніи статей 329 и 330, потому что вообще всѣ постановленія о законнорожденныхъ должны быть примѣнимы и къ незаконнорожденнымъ, если для послѣднихъ нѣтъ спеціальныхъ правилъ. Примѣнять сюда общія постановленія о переходѣ правъ послѣ умершаго неосновательно, такъ какъ тогда незаконнорожденныя будутъ поставлены въ болѣе выгодное положеніе, нежели законнорожденныя—фактъ, до очевидности, не согласный съ идеей кодекса. Кромѣ того, отказавшись отъ статей 329 и 330, придется допустить ничѣмъ не объяснимый пропускъ въ законѣ [2]).

Мнѣніе это не только преобладающее, но и, дѣйствительно, самое убѣдительное. Въ чемъ же заключаются постановленія указанныхъ статей? А вотъ въ чемъ. Со смертью дитяти, искъ объ установленіи правосостоянія или прекращается, или же переходитъ къ наслѣдникамъ.

Искъ прекращается, если дитя умираетъ, достигши 26 лѣтъ; а равно и въ томъ случаѣ, если бы смерть послѣдовала раньше этого возраста, но если отъ начатаго дитятею иска оно формально отказалось при жизни, или же не продолжало хожденія по дѣлу 3 года.

Искъ переходитъ, если дитя умираетъ до 26-ти лѣтняго возраста, или же и послѣ 26 лѣтъ, но если искъ имъ уже былъ заведенъ. Словомъ, законъ позволяетъ переходъ тамъ и настолько, гдѣ и насколько видна воля дитяти допустить такой переходъ.

Спрашивается теперь, *кого* же *законъ понимаетъ* въ данномъ случаѣ, *подъ наслѣдниками*, и какой характеръ наслѣдуемаго ими иска? Подъ наслѣдниками здѣсь надо понимать всѣхъ универсальныхъ наслѣдниковъ,

---

[1]) Мнѣнія эти изложены Демоломбомъ, т. V, стр. 579 и слѣд. Сторонникъ втораго мнѣнія, между прочимъ, и Лоранъ, ссылающійся въ своей аргументаціи, главнымъ образомъ, на п. 2. Т. V, стр 155—158.

[2]) Demolombe, V, 583—586, Marcadé, II, 76—78.

Digitized by Google

т. е., стало быть, слѣдующія категоріи: héritiers legitimes, successeurs irréguliers, legataires universels ou à titre universel. А что касается *характера*, пріобрѣтаемаго ими *права*, то оно, становясь у наслѣдниковъ, по существу своему, имущественнымъ, теряетъ свойство неотчуждаемости и безсрочности. Ст. 338 говоритъ прямо, что искъ о réclamation d'état не подлежитъ давности лишь въ отношеніи дитяти.

Изъ этой общей категоріи наслѣдниковъ нѣкоторые [1]) исключаютъ нисходящихъ незаконнорожденнаго, говоря, что лица эти имѣютъ искъ не только, какъ наслѣдники вообще—преемники въ имуществѣ, но и какъ наслѣдники особаго рода—преемники въ правосостояніи, что поэтому искъ ихъ, какъ чисто моральнаго интереса, долженъ быть запечатлѣнъ тѣми же качествами, что и искъ ихъ ауктора, т. е. непрерывностью. На это справедливо отвѣчаютъ сторонникамъ этого мнѣнія, что какъ бы оно раціонально ни было, но если оно не подтверждается текстомъ закона, то его допустить нельзя, а текста на это нѣтъ.

Итакъ законъ, согласно сказанному, дозволяетъ переходъ иска о maternité къ наслѣдникамъ лишь какъ иска имущественнаго, денежнаго, а такой искъ допускаетъ и возможность соглашенія, и возможность погашенія давностью, т. е., говоря другими словами, искъ у наслѣдниковъ теряетъ свою первоначальную природу (неотчуждаемости и непрерывности).

Кругъ лицъ, имѣющихъ право розыска матери и исчерпывается одними лишь наслѣдниками; допустить другихъ заинтересованныхъ лицъ нельзя, не становясь въ противорѣчіе съ духомъ и текстомъ закона. Поэтому иска этого не могутъ имѣть ни кредиторы дитяти, ни лица, желающія основываясь на немъ расторгнуть кровосмѣсительный бракъ [2]) или урѣзать подаренное или завѣщанное незаконнорожденному [3]), ни тѣ, наконецъ, которыя, въ качествѣ законныхъ братьевъ и сестеръ, претендовали бы на наслѣдство [4]).

Въ этомъ смыслѣ рѣшается этотъ вопросъ большинствомъ французскихъ цивилистовъ [5]).

---

[1]) Marcadé, II, 37 и слѣд.

[2]) Art. 161 и 162.

[3]) Art. 908.

[4]) Art. 766.

[5]) Demolombe, V, 586 и слѣд. Acollas, I, 358 и 359. Baret, 94—96. Contra, Laurent IV, 151 и слѣд.

Digitized by Google

Перейдемъ теперь къ разсмотрѣнію *процессуальныхъ условій* розыска матери. Вглядываясь въ эти условія, невольно убѣждаешься въ слѣдующемъ фактѣ. Законодатель старался настолько сохранить неприкосновенность женской чести, что пожертвовалъ для этого интересами незаконнаго дитяти. Законъ, какъ conditio sine qua non розыска, ставитъ условіе, чтобы розыскивающій представилъ начало письменнаго доказательства. Но эти письменныя доказательства, по общепринятой теоріи кодекса [1]), должны исходить отъ того, противъ кого онѣ доказываютъ. Выходитъ, слѣдовательно, такая постановка дѣла. Незаконнорожденный долженъ представить документъ, выданный матерью, доказывая фактъ противъ матери. Конечно, это вѣрнѣйшій способъ доказательства истины въ гражданскомъ дѣлѣ; но какъ часто на практикѣ возможно такое счастливое совпаденіе обстоятельствъ? Не значитъ ли это, на самомъ дѣлѣ, вводить принципъ, безъ желанія его примѣненія. Это одна сторона дѣла, но вотъ другая. Извѣстно, что вездѣ случаи незаконнорожденности ограничиваются, главнымъ образомъ, кругомъ простаго класса народа. Извѣстно также, что грамотность среди французскаго народа далеко не составляетъ достоянія всѣхъ подданныхъ этого государства. Какъ, спрашивается, розыскивать мать неграмотную. Какъ ни вертѣть текстомъ закона, но онъ неумолимо категориченъ— commencement de preuve par écrit требуется прямо и безъ ограниченій. Таковъ законъ, сквозь букву котораго ясно видна тенденціозность. Но посмотримъ ближе на самую букву. Вотъ статья: „розыскъ матери дозволенъ; дитя, розыскивающее свою мать, обязано доказать, что оно тоже самое, которое мать родила, при этомъ оно не можетъ ссылаться на свидѣтелей раньше, чѣмъ будетъ представлено начало письменнаго доказательства“ [2]).

Итакъ по статьѣ подлежатъ доказательству два факта—рожденіе матерью дитяти и тождество родившагося съ розыскивающимъ мать. Оба факта для своей доказательности требуютъ однѣхъ и тѣхъ же условій, т. е. оба должны быть удостовѣрены предварительно письменнымъ доказательствомъ.

У нѣкоторыхъ цивилистовъ [3]) возникаетъ поэтому поводу разно-

---

[1]) Art. 1347.

[2]) Art. 341.

[3]) Marcade, II, 75.

Digitized by Google

гласіе съ другими. Дѣло въ томъ, что, кромѣ общей 1347 статьи, опредѣляющей commencement de preuve par écrit, какъ документъ исходящій отъ лица, противъ котораго направленъ искъ, есть еще статья 324 въ главѣ о доказательствѣ законнаго рожденія. По этой статьѣ начало письменнаго доказательства составляютъ также фамильные акты, домашнія бумаги отца и матери, словомъ, документы, исходящіе также и отъ третьяго лица. Возникаетъ, такимъ образомъ, вопросъ, не должна ли быть примѣнена въ разсматриваемомъ случаѣ эта статья, а не предыдущая. На это совершенно основательно отвѣчаютъ другіе [1]), что статья 324 установлена, какъ спеціальное исключеніе для доказательства законнорожденности, протежируемой закономъ и что, какъ спеціальное правило, она не должна быть толкуема въ распространительномъ смыслѣ. Еще меньше, и по той же причинѣ, можетъ быть допущено къ данному случаю примѣненіе статьи 323, дозволяющей доказательство сыновства свидѣтелями, если есть présomptions resultans de faits graves, т. е. вѣскіе факты въ пользу доказываемаго обстоятельства.

Такъ какъ законъ не говоритъ, что требуемыя имъ письменныя доказательства должны быть непремѣнно формальными актами, то, слѣдовательно, признаніе матерью ребенка, сдѣланное въ частномъ актѣ, хотя и не дѣйствительное какъ признаніе, дѣйствительно для того, чтобы начать розыскъ.

Это требованіе закона представлять письменные документы для доказательства розыска не надо примѣнять къ другому, повидимому, аналогичному, но, въ существѣ, вовсе не аналогичному случаю. Это когда возникаетъ споръ, что документъ относится къ тому лицу, которое доказываетъ свое происхожденіе отъ извѣстной матери. Здѣсь вопросъ не о тождествѣ родившагося съ розыскивающимъ мать, а о тождествѣ розыскивающаго съ обозначеннымъ въ документѣ. Для послѣдняго рода доказательствъ нѣтъ надобности непремѣнно въ commencement de preuve par écrit. Для доказательства тождества личности можно, по общему правилу, пользоваться всѣми родами доказательствъ.

Остается послѣдній вопросъ—*какой судъ компетентенъ* для раз-

---

[1]) **Demolombe**, V, 562, **Laurent**, IV, 171—173, **Baret** 92, 93.

Digitized by Google

рѣшенія дѣлъ о розыскахъ. Законъ молчитъ, но доктрина единогласно говоритъ, что такимъ судомъ надо считать судъ гражданскій. Лоранъ, весьма остроумно замѣчаетъ по этому поводу, что иногда приговоръ уголовнаго суда можетъ состояться въ положительномъ смыслѣ, а гражданскій искъ получитъ, всетаки, отрицательное рѣшеніе. Такъ, присужденіе уголовнымъ судомъ наказанія за похищеніе женщины можетъ и не повлечь за собой доказательствъ отчества, если, напритѣръ, эпоха похищенія не совпадаетъ съ предполагаемой эпохой зачатія. Что до розыска матери, то судъ уголовный надо признать здѣсь не компетентнымъ, уже и потому, что для постановленія уголовнаго приговора достаточно однѣхъ свидѣтельскихъ показаній, между тѣмъ какъ для розыска матери, законъ ставитъ непремѣннымъ условіемъ, какъ мы видѣли, письменныя доказательства [1]).

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

О доказательствѣ сыновства дѣтей отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія (enfants adulterins et incestueux).

Изъ общей массы незаконнорожденныхъ французское законодательство выдѣляетъ, какъ особую, категорію дѣтей отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія (enfants adulterins et incestueux). Это самыя нелюбимыя дѣти французскаго законодателя, его Stiefkinder, какъ назвалъ бы ихъ нѣмецъ. Кодексъ, можно сказать не обинуясь, не хочетъ знать ихъ. Отсюда тѣ крайне стѣснительныя правила, которыми опредѣляется сыновство этихъ дѣтей, отсюда и самый ничтожный minimum предоставленныхъ имъ правъ. Рѣчь о правахъ будетъ впереди, а здѣсь займемся вопросомъ о сыновствѣ. Начнемъ съ установленія понятія, какія дѣти разумѣются кодексомъ подъ названіемъ adulterins и incestueux.

Enfant adulterin есть дитя, происшедшее отъ связи двухъ лицъ, изъ которыхъ, хотя одно, въ моментъ *зачатія* дитяти, было связано супружескими узами съ третьимъ лицомъ. Такое дитя будетъ разсматриваться какъ enfant adulterin не только по отношенію къ лицу, въ бракѣ состоящему, но и по отношенію къ лицу отъ брака свободному.

Enfant incestueux есть дитя, родители котораго, въ моментъ его

---

[1]) Demolombe V, 556—[illegible]—Marcadè, II, 73—83, 35—42.—Laurent IV, 151—185.—Acollas, I, 321—[illegible], 356—359.—Baret, 92—96.—Cadrès 46—73.

Digitized by Google

зачатія, находились въ родствѣ или свойствѣ, не допускающемъ брака между ними. Согласно съ этимъ опредѣленіемъ, дѣти, родившіяся при изложенныхъ условіяхъ, будутъ adulterins или incestueux, независимо отъ всѣхъ другихъ обстоятельствъ. Такъ bona и mala fides (кромѣ случая путативнаго брака) здѣсь безразлична. Законъ даетъ общее опредѣленіе безъ изъятій, потому что, какъ говоритъ Демоломбъ, il est logique et moral de laisser au désordre la responsabilité de toutes ses suites [1]).

Точно также не измѣняетъ общаго правила и случай рожденія ребенка отъ замужней похищенной женщины. Такой ребенокъ, по отношенію къ отцу, не будетъ законнымъ согласно ст. 202, дающей правила для путативнаго брака; онъ не будетъ законнымъ, по отношенію къ матери, согласно ст. 342, по которой воспрещается розыскъ сыновства дѣтей отъ прелюбодѣянія, даже въ случаѣ похищенія матери.

При опредѣленіи сыновства дѣтей отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія, французскій законъ отправляется отъ такихъ соображеній. Рожденіе дитяти, составляющаго плодъ прелюбодѣянія или кровосмѣшенія есть чистое несчастіе для нравовъ. Поэтому не только не слѣдуетъ сохранять какой бы то ни было слѣдъ существованія такого рожденія, но было бы желательно изгладить даже и всякую память о немъ [2]).

При такомъ общемъ взглядѣ на институтъ, понятно каковы могутъ быть отдѣльныя постановленія. По статьѣ 335 *признаніе* не можетъ имѣть мѣста въ пользу дѣтей, происшедшихъ отъ связи кровосмѣсительной и прелюбодѣйной. Законъ, кажется, ясенъ. Признаніе запрещено безусловно, слѣдовательно, и о какихъ бы то ни было послѣдствіяхъ запрещеннаго т. е. не существующаго въ глазахъ закона, рѣчи быть не можетъ. Однако есть ученые [3]), которые этотъ законъ понимаютъ иначе. Они говорятъ: статья, дѣйствительно, запрещаетъ признаніе дѣтей отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія. Но отсюда не слѣдуетъ, что, если бы таковое воспослѣдовало (чиновникъ принялъ бы его), что оно лишено было бы всякой силы. Кодексъ отрицаетъ безусловно признаніе дѣтей отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія только

---

[1]) V, 632.

[2]) Слова Lahary въ его раппортѣ трибунату—Laurent IV, 206.

[3]) Laurent, IV, 205 и слѣд.—Merlin и Toullier,—см. у Marcadé, II, стр. 51.

Digitized by Google

въ одномъ смыслѣ: въ смыслѣ акта, констатирующаго сыновство; помимо этого, оно можетъ и должно имѣть силу; слѣдовательно, признанныя своими родителями enfants adulterins и incestueux могутъ, съ одной стороны, требовать отъ нихъ алиментовъ, а съ другой стороны, они могутъ быть лишены подареннаго или завѣщаннаго имъ ихъ родителями.

Эта аргументація слишкомъ слаба, чтобы на ней останавливаться. Доброе намѣреніе ученыхъ — обезпечить хоть минимумъ существованія дѣтямъ отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія—завело ихъ на почву схоластики, а не толкованія закона. Что сказать, въ самомъ дѣлѣ, о разсужденіи, что, хотя законъ и запрещаетъ признаніе, но это запрещеніе не есть запрещеніе. Это стремленіе ученыхъ найти въ законѣ то, чего въ немъ нѣтъ, на самомъ дѣлѣ, доказываетъ только одно—неудовлетворительность закона; но, все таки, dura lex, sed lex est.

Итакъ, согласно съ буквой и смысломъ закона, признаніе должно быть отвергнуто всегда, лишь только имъ обнаруживается прелюбодѣяніе или кровосмѣшеніе признающихъ. Поэтому признаніе не должно имѣть мѣста въ слѣдующихъ случаяхъ:

1) Когда оно сдѣлано женатымъ мужчиной и незамужней женщиной въ одномъ и томъ же актѣ. Здѣсь будетъ признанный ребенокъ enfant adulterin, а не простымъ enfant naturel, не только по отношенію къ мужчинѣ, но и по отношенію къ женщинѣ, такъ какъ признаніе едино, сдѣлано коррелятивно, слѣдовательно, качество дитяти должно быть одинаковымъ по отношенію къ обоимъ признающимъ. Также, конечно, долженъ быть рѣшенъ вопросъ и въ обратномъ случаѣ, когда признаніе будетъ сдѣлано замужней женщиной и не женатымъ мужчиной.

2) Признаніе, сдѣланное въ одномъ и томъ же актѣ племянницей и дядей или beau frère и belle soeur, тоже недѣйствительно по тѣмъ же мотивамъ, что и признаніе дитяти отъ прелюбодѣянія [1]).

---

[1]) Представленныя гипотезы рѣшаются въ этомъ смыслѣ почти всѣми. Но разногласія является много, когда признаніе дѣлается указанными лицами въ двухъ различныхъ актахъ. Въ 1-й гипотезѣ (когда признается enfant adulterin) Демоломбъ держится мнѣнія, что актъ лица, которое связано бракомъ, недѣйствителенъ, а актъ свободнаго долженъ возъимѣть силу, согласно правилу utile per inutile non vitiatur. Лоранъ отказываетъ въ дѣйствительности обоимъ актамъ, потому что тогда будетъ констатировано état adulterin, что запрещается закономъ. Относительно 2-й гипотезы, т. е.

Digitized by Google

Такимъ образомъ, признаніемъ не можетъ быть установлено сыновство дѣтей, происшедшихъ отъ прелюбодѣянія или кровосмѣшенія. А такъ какъ признаніе для незаконнорожденныхъ есть conditio sine qua non и *possession d'état*, то, слѣдовательно, и этотъ способъ для констатированія filiation adulterine и incestueuse не примѣнимъ.

Остается *розыскъ*.

Дѣтямъ, рожденнымъ отъ прелюбодѣянія или кровосмѣшенія, розыскивать отца или мать воспрещается безусловно. Un enfant (adulterin ou incestueux) ne sera *jamais* admis à la recherche soit de la paternité, soit de la maternité, говоритъ законъ (Art. 342, 335). Эту безусловность воспрещенія надо понимать не только въ томъ смыслѣ, что дитя не можетъ розыскивать своихъ родителей, но и въ томъ—, что и третьи лица не могутъ розыскивать родителей противъ дитяти. Такой случай можетъ представиться тогда, когда дитя получило что либо по дару или по завѣщанію отъ своихъ родителей.

Тутъ выходитъ какъ бы нѣкоторое принципіальное противорѣчіе, и это наводитъ даже на мысль [1]), что розыскъ противъ дитяти долженъ быть допущенъ. Дѣло въ томъ, что, запрещая розыскивать родителей противъ дитяти, дается возможность первымъ передать послѣднему путемъ дарственнымъ всю ихъ portion disponible, т. е. этимъ запрещеніемъ дѣти отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія ставятся въ болѣе благопріятное положеніе, нежели простыя незаконныя дѣти, которымъ статья 908 отказываетъ въ какихъ бы то ни было liberalités отъ ихъ родителей. Но чтобы удержать свой основной взглядъ, законодатель и не могъ иначе поступить, какъ допустить указанное противорѣчіе. Кодексъ запрещаетъ розыскъ родителей—прелюбодѣевъ и кровосмѣсителей по соображеніямъ общественнаго приличія. Онъ находитъ, что выводить наружу это безобразіе родителей—фактъ въ высшей степени деморализирующаго

относительно случая признанія дитяти двумя родственниками въ двухъ различныхъ актахъ, такое же разногласіе: Демоломбъ отказывается совсѣмъ отъ принципіальнаго рѣшенія вопроса, отдавая его въ руки суда, напротивъ, Лоранъ говоритъ: nous donnons la préférence à la nullité des deux reconnaissances, parcequ'elle punit le scandale et le previent par conséquent, autant qu'il est possible de le prevenir. Laurent, IV, 215, 216, 218—220.—Demolombe, V 644 и слѣд.

[1]) Toullier. См. Acollas, I, 339, 340.

Digitized by Google

характера. Поэтому онъ отрицаетъ всякую связь между дѣтьми отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія и ихъ родителями. Между тѣмъ, допустить искъ объ отчествѣ и материнствѣ, по поводу имущественныхъ претензій 3-хъ лицъ, значитъ допустить эту связь, значитъ вызвать на свѣтъ божій, то, что, по мнѣнію закона, должно быть сокрыто отъ очей общества. Вотъ почему законодатель рѣшилъ сдѣлать нѣкоторое отступленіе отъ своего принципа, рѣшилъ дать нежеланную имъ имущественную привиллегію дѣтямъ отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія, чтобы сохранить основное положеніе—не дать имъ гражданскаго правосостоянія—сыновства.

Въ силу безусловнаго запрещенія розыска для дѣтей отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія, онъ не мыслимъ для нихъ и въ томъ исключительномъ случаѣ, когда онъ допускается для простыхъ незаконнорожденныхъ, т. е. въ случаѣ похищенія [1]). Онъ не мыслимъ даже и тогда, когда онъ и не направляется прямо на установленіе незаконнаго, сыновства, но если имъ можетъ быть *обнаружено* сыновство отъ прелюбодѣянія или кровосмѣшенія.

Возникаетъ сомнѣніе, какъ быть въ то случаѣ, когда дитя, бывъ признано со стороны не женатаго человѣка, затѣмъ возбуждаетъ вопросъ о томъ, что оно дитя женщины, находящейся замужемъ за другимъ лицемъ. Демоломбъ думаетъ, что рѣшить это дѣло можетъ только судъ, примѣнившись къ фактической сторонѣ процесса. Баре, напротивъ, отрицаетъ совсѣмъ возможность подобнаго иска, такъ какъ такой искъ предполагаетъ уничтоженіе существующаго признанія, которое по статьѣ 339 имѣетъ силу и противъ дитяти [2]).

Такимъ образомъ, французскій законъ послѣдовательно проводитъ свой принципъ—отказывать въ сыновствѣ дѣтямъ отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія, какъ бы они ни искали его: путемъ ли добровольнымъ (посредствомъ признанія), или принудительнымъ (посредствомъ розыска). Однако есть случаи, когда должно быть допущено исключеніе изъ этого общаго правила, по самой силѣ вещей, когда сыновство для дѣтей отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія констатируется, такъ сказать, само собою.

Вотъ эти случаи:

---

[1]) Art. 342.

[2]) Demolombe V, 645, Baret, 123.

Digitized by Google

1) Когда бракъ будетъ заключенъ mala fide, при существованіи прежняго не расторгнутаго. Дѣти отъ этого брака будутъ дѣтьми отъ прелюбодѣянія. Если же второй бракъ будетъ расторгнутъ вслѣдствіе близости родства, то дѣти будутъ дѣтьми отъ кровосмѣшенія.

2) Въ случаяхъ, когда законъ допускаетъ искъ объ отреченіи отъ дитяти, родившагося въ бракѣ (ст. 312—313).

3) Въ случаѣ, когда будетъ оспариваться законнорожденность дитяти согласно ст. 325 [1]).

Этимъ мы покончиваемъ вопросъ о констатированіи незаконнаго сыновства по французскому законодательству, а теперь перейдемъ къ изученію взаимныхъ отношеній между родителями и ихъ незаконными дѣтьми. Эти отношенія заключаются: во первыхъ, въ отеческой власти, во вторыхъ, въ правахъ и обязанностяхъ независимыхъ отъ отеческой власти, въ третьихъ, во взаимныхъ наслѣдственныхъ правахъ родителей дѣтей.

Мы займемся сначала вопросомъ объ отеческой власти.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Объ отеческой власти. (De la puissance paternelle).

Приступая къ изученію этого института, приходится сдѣлать о немъ тоже замѣчаніе, которое мы дѣлали относительно другихъ институтовъ, занимающихся незаконнорожденными. Приходится указать на заурядную неполноту, недостаточность и сбивчивость законодательства. Отсюда необходимыя послѣдствія—радикальное разногласіе доктрины и практики по основнымъ вопросамъ; отсюда масса контроверсъ, отсюда самое произвольное толкованіе закона, а еще чаще возведеніе въ законъ собственнаго мнѣнія.

Для насъ, конечно, совершенно лишне знакомиться со всѣми этими теоріями и системами. Для насъ важенъ смыслъ закона, а съ этой стороны, и мнѣніе доктрины, на сколько этотъ смыслъ ею уясняется.

Первый возбуждаемый наукою вопросъ въ институтѣ отеческой власти слѣдующій—*даетъ ли кодексъ эту власть незаконнымъ роди-*

---

[1]) Demolombe, V, 631—671.—Marcadé, II, 50, 59.—Laurent, IV, 204, 240.—Acollas, I, 338—341.—Baret, 117—124.—Cadrès, 88, 101.

Digitized by Google

телямъ. Вопросъ этотъ, въ самомъ дѣлѣ, долженъ быть первымъ, ибо какъ вести рѣчь о власти, если есть сомнѣніе, существуетъ ли она. А сомнѣніе возникаетъ не безъ основанія. Дѣло въ томъ, что въ IX главѣ, надъ которой стоитъ надпись—de la puissance paternelle—есть, всего на всего, одна статья, относящаяся къ незаконнорожденнымъ, статья, дающая незаконнымъ родителямъ право употреблять, по отношенію къ своимъ незаконнымъ дѣтямъ, тѣ же исправительныя мѣры, какія они могутъ употреблять по отношенію къ дѣтямъ законнымъ. Приходится, слѣдовательно, заключать отъ части къ цѣлому, приходится доискиваться смысла закона за недостаткомъ его буквы.

Общее мнѣніе ученыхъ, что, не смотря на молчаніе закона, власти родительской подчиняетъ кодексъ и незаконныхъ дѣтей. Это мнѣніе основывается, во первыхъ, на сейчасъ указанной статьѣ. Она даетъ незаконнымъ родителямъ право налагать исправительныя мѣры на своихъ дѣтей. А это право и есть одно изъ самыхъ энергическихъ проявленій отеческой власти. Потомъ, право исправленія предполагаетъ ео ipso право воспитанія, а это есть второе и не менѣе существенное проявленіе отеческой власти. Нечего сюда прибавлять, что было бы въ высшей степени несправедливо отрицать эту власть a priori для незаконныхъ дѣтей, такъ какъ она есть, въ существѣ дѣла, гарантія заботы о первыхъ потребностяхъ этихъ дѣтей.

Но если всѣ французскіе цивилисты согласны, что власть эта есть на столько же достояніе незаконныхъ родителей, какъ и законныхъ, то далеко не всѣ согласны, *кто* изъ *родителей* имѣетъ право ею пользоваться. Конечно, сомнѣнія не можетъ быть тогда, когда признаніе дается лишь однимъ родителемъ: тогда пользуется отеческой властью признавшій. Точно также нѣтъ спора и тогда, когда, хотя признали оба незаконнорожденнаго, но такъ, что первый признавшій родитель уже не былъ въ живыхъ, когда сдѣлалъ признаніе второй. Но вопросъ споренъ тогда, когда признаніе сдѣлано одновременно обоими родителями, или же и разновременно, но однимъ, при жизни другаго. Одни ученые [1]) говорятъ, что власть эта въ равной мѣрѣ принадлежитъ обоимъ родителямъ, что статья 373, отдающая эту власть въ руки одного отца, къ разсматриваемому случаю не приложима и по буквѣ

---

[1]) Laurent, IV, 457, 458.

Digitized by Google

своей, и по смыслу: по буквѣ—потому, что въ ней рѣчь лишь о законномъ отцѣ, по смыслу—потому, что власть родителя отдается законному отцу, какъ лицу, имѣющему власть супружескую, какъ главѣ семьи. Но тамъ, гдѣ нѣтъ семьи, нѣтъ главы ея, а, слѣдовательно, нѣтъ и держателя власти. Кромѣ того, статья 383, на которой и основывается только отеческая власть незаконныхъ родителей, предоставляетъ употреблять исправительныя мѣры, по отношенію къ незаконнымъ дѣтямъ, не одному отцу, а отцу и матери вмѣстѣ. Другіе [1]) утверждают, напротивъ, что власть отеческая должна принадлежать только отцу, основываясь на слѣдующихъ соображеніяхъ:

1) Нераціонально и непрактично отдавать ее на одинаковыхъ правахъ отцу и матери вмѣстѣ. Разногласіе неизбѣжно, отсюда постоянныя столкновенія между супругами.

2) Незаконное дитя носитъ имя отца, слѣдуетъ его національности голосъ отца имѣетъ, наконецъ, рѣшительное значеніе въ вопросѣ о бракѣ [2]). Слѣдовательно, авторитетъ отца долженъ быть признанъ и въ другихъ отношеніяхъ. Отъ этого перевѣса власти отца надъ властью матери нѣтъ опасности, такъ какъ судъ можетъ, въ случаѣ злоупотребленія ею, отнять ее у отца.

Съ послѣднимъ мнѣніемъ надо согласиться и въ виду его практическаго удобства, и въ виду логическаго основанія. Дать обоимъ родителямъ одинаковую власть, значитъ создать, дѣйствительно, предлогъ для ссоръ. Съ другой стороны, логично надѣлить этою властью того, на чьей сторонѣ предполагается и больше знанія, и больше опытности, т. е. мужа. Но что самое главное, и что должно рѣшать дѣло,—это аналогія съ отношеніями между законными родителями и дѣтьми, аналогія, существующая по природѣ вещей и по смыслу закона. А эта аналогія говоритъ, что держателемъ родительской власти долженъ быть мужъ [3]).

---

[1]) Demolombe, VI. 532—534.—Marcadé, art. 283. -Mignonac, 225—228. Cadrès, 213—214.

[2]) Art. 158.

[3]) Не надо забывать при этомъ, что французское законодательство ведетъ всегда рѣчь о незаконныхъ *признанныхъ* дѣтяхъ; а такихъ дѣтей дѣйствительно, можно ставить иногда въ аналогическое положеніе съ законными.

Digitized by Google

Признавая за незаконными родителями право на отеческую власть, всѣ цивилисты согласны, что власть эта не можетъ притязать на ту самостоятельность, которой она запечатлѣна, когда она простирается на дѣтей, происходящихъ отъ брака. Всѣ согласны, что судъ долженъ имѣть серьёзный контроль надъ этой властью. Такое участіе суда есть даже непремѣнное слѣдствіе той доктрины, которая признаетъ въ отеческой власти равноправность обоихъ супруговъ; ибо кто нибудь же долженъ быть рѣшителемъ, когда столкнутся двѣ равныя власти. Но право судебнаго контроля признаютъ защитники и другой теоріи, отдающей власть родительскую отцу. Мало того, нѣкоторые сторонники этой теоріи [1]) полагаютъ, что суду принадлежитъ не только право надзора, но что власть суда и есть рѣшающій, основной элементъ самой отеческой власти; что, какъ справедливо замѣчаютъ другіе [2]), ведетъ уже къ отрицанію этой власти въ рукахъ родителей. Для насъ важно одно—что право контроля суда, дѣйствительно, существуетъ, какъ фактъ общепризнанный наукой и практикой, и что основаніемъ въ законѣ для этого служитъ ст. 302.

Посмотримъ теперь, въ чемъ проявляется отеческая власть надъ незаконными дѣтьми. Проявленіе отеческой власти возможно въ двухъ отношеніяхъ: въ личныхъ и въ имущественныхъ. Мы остановимся сначала на личныхъ отношеніяхъ.

Дѣйствіе отеческой власти въ личныхъ отношеніяхъ заключается: 1) въ правѣ надзора родителей надъ незаконными дѣтьми и въ правѣ и обязанности воспитанія послѣднихъ, (Le droit de garde et d'éducation) 2) въ правѣ исправленія (Le droit de correction); 3) въ правѣ давать согласіе на бракъ и другіе важные акты, совершаемые малолѣтними.

Разсмотримъ каждое изъ этихъ правъ въ указанномъ порядкѣ. *Право надзора* и *право воспитанія*. Право надзора заключается въ томъ, что дитя не имѣетъ права оставлять родительскій домъ безъ разрѣшенія на то отца. Это право есть существенное условіе другаго права—права воспитанія. Въ силу надзора, предоставленнаго родителямъ надъ дѣтьми, этимъ послѣднимъ не дозволяется безъ родительской воли, избирать какой бы то ни было родъ службы, поступать въ монашество или какое

---

[1]) Demolombe, VI, 525—526.

[2]) Mignobac, 233;—Laurent, IV, 459.

Digitized by Google

либо церковное званіе. Только въ одномъ случаѣ, по соображеніямъ высокаго интереса общественнаго, разрѣшаетъ законъ отступленіе отъ этого правила, а именно—и безъ согласія родителей дозволяется дѣтямъ, достигшимъ 20 лѣтъ, поступать въ военную службу волонтеромъ [1]).

Если мы обратимся къ тексту закона, то мы не найдемъ тамъ статьи, которая бы давала изложенныя права родителямъ надъ ихъ незаконными дѣтьми. Доказываетъ ли это, что, въ самомъ дѣлѣ, незаконные родители не пользуются ни правомъ надзора надъ своими незаконными дѣтьми, ни правомъ ихъ воспитанія? Нѣтъ, не доказываетъ, и вотъ почему.

Во 1-хъ, законъ въ статьѣ 383 даетъ незаконнымъ родителямъ право примѣнять исправительныя мѣры по отношенію къ своимъ незаконнымъ дѣтямъ, но право исправленія есть вторая, высшая ступень права надзора и воспитанія. Слѣдовательно, до второй ступени законъ дошелъ чрезъ первую, но лишь умолчалъ объ этомъ.

Во 2-хъ, отказывая родителямъ въ правѣ надзора и воспитанія, надо отказать имъ вообще въ родительской власти; надъ незаконными дѣтьми. А это противно было бы и духу закона, и общему убѣжденію науки и практики.

Итакъ и законные, и незаконные родители имѣютъ право надзора надъ своими дѣтьми и воспитанія ихъ. Но родители имѣютъ не только право, но и обязанность воспитывать своихъ незаконныхъ дѣтей. Это—обязанность серьёзная, которой не можетъ не освятить положительный законъ, какъ основательно говоритъ Демоломбъ. Правда, что кодексъ объ этомъ умалчиваетъ, но онъ умалчиваетъ также и о другихъ важныхъ матеріяхъ, относящихся къ незаконнорожденнымъ; такъ, напримѣръ, объ отеческой власти вообще; но матеріи эти, тѣмъ не менѣе, примѣняются къ незаконнорожденнымъ. Наконецъ, зачѣмъ бы законъ давалъ право исправленія въ такомъ широкомъ размѣрѣ незаконнымъ родителямъ, если бы не признавалъ за ними обязанности воспитанія. Не надо забывать, что въ современныхъ кодексахъ, а въ томъ числѣ и французскомъ, нѣтъ отеческой власти въ смыслѣ римской patria patestas, а есть, въ существѣ дѣла, лишь обязанность родителей по отношенію къ дѣтямъ, а власть имъ дана лишь, какъ средство выполнить эту обязанность. Что касается того, какъ распредѣляются право

---

[1]) Законъ 27 іюня 1872 г. Art. 48.

Digitized by Google

надзора и право воспитанія между родителями, то сюда примѣняются изложенныя нами выше правила объ распредѣленіи между родителями отеческой власти во всемъ ея объемѣ.

Право исправленія—это единственное изъ правъ незаконныхъ родителей, о которомъ кодексъ даетъ постановленія, хотя, какъ сейчасъ увидимъ, постановленія эти далеко недостаточны. Ст. 383 говоритъ: ст. 376, 377, 378, 379 приложимы также и къ родителямъ признанныхъ ими незаконныхъ дѣтей. Въ указанныхъ же статьяхъ заключаются слѣдующія постановленія. Отецъ имѣетъ право *подвергнуть задержанію* свое не достигшее 16 лѣтъ дитя, на время не свыше одного мѣсяца. По просьбѣ отца предсѣдатель окружнаго суда долженъ сдѣлать постановленіе объ арестѣ дитяти [1]). Если же дитя уже будетъ въ возрастѣ за 16 лѣтъ, но если оно не достигло еще полнаго совершеннолѣтія, или не эмансипировано, то отецъ можетъ *просить* о задержаніи дитяти на время не болѣе 6 мѣсяцевъ. Просьба его поступаетъ къ президенту суда, который т. е. президентъ, выслушавъ мнѣніе прокурора, дѣлаетъ постановленіе объ арестѣ или отказываетъ [2]). Въ обоихъ случаяхъ не употребляется никакой письменности, никакихъ судебныхъ формальностей, кромѣ одного постановленія объ арестѣ, въ которомъ не выставляется мотивовъ. Отецъ даетъ подписку въ томъ, что заплотитъ всѣ издержки и доставитъ дитяти приличные алименты [3]). Отецъ всегда властенъ сократить срокъ задержанія, имъ назначеннаго или испрошеннаго. Если, послѣ освобожденія изъ подъ ареста, дитя совершитъ новые проступки, то оно можетъ быть подвергнуто новому задержанію указаннымъ выше порядкомъ [4]).

Но этими статьями не исчерпываются всѣ постановленія о правѣ исправленія, какое дано кодексомъ родителямъ по отношенію къ дѣтямъ законнымъ. Такъ, по ст. 380, отецъ, заключившій второй бракъ, можетъ подвергнуть аресту дитя отъ перваго брака не иначе, какъ путемъ жалобы (requisition), хотя бы оно было и моложе 16 лѣтъ. Такъ, по статьѣ 383, только этимъ же путемъ можетъ быть подвергнуто задержанію всякое дитя, имѣющее свое отдѣльное имущество,

---

[1]) Art. 376.
[2]) Art. 377.
[3]) Art. 378.
[4]) Art. 379.

Digitized by Google

или дитя находящееся на службѣ (ou lorqu'il exerce un état). Такъ, по ст. 381, мать (если послѣ смерти мужа, къ ней перейдетъ родительская власть) можетъ подвергать аресту дитя, независимо отъ возраста его, только лишь путемъ жалобы, и, притомъ, не иначе она пользуется этимъ правомъ какъ съ участіемъ двухъ родственниковъ отцовской стороны.

Ставится вопросъ, надо ли примѣнять къ незаконнорожденнымъ лишь изложенныя четыре статьи (376—379), или же и три послѣднія. При отвѣтѣ возникаетъ между цивилистами обычная „grande divergence".

Одни[1]) говорятъ—дѣло надо рѣшить на основаніи статьи 383, которая ссылается лишь на статьи 376—379, и что къ незаконнорожденнымъ только эти статьи должны быть приложимы. Мало того, продолжаютъ они, статьи 380 и 381 не приложимы и сами по себѣ, такъ какъ въ первой идетъ рѣчь объ отцѣ—вдовцѣ, который вступаетъ въ новый бракъ; но незаконный отецъ, заключающій бракъ съ другой женщиной, а не съ той, отъ которой имъ прижито дитя, не вдовъ, такъ какъ онъ женится въ первый разъ. Статья же 381 говоритъ о родственникахъ отцовской стороны, принимающихъ участіе въ просьбѣ объ арестѣ дитяти, но дитя (не признанное), не имѣя по закону отца, не можетъ имѣть и родственниковъ со стороны отца.

Говорятъ, что, если ограничиться четырьмя статьями, указанными въ art. 383, то выйдетъ несообразность: выйдетъ, что незаконные родители будутъ имѣть больше власти, чѣмъ законные. Но если это такъ, то этотъ упрекъ долженъ быть направленъ къ законодателю, а не къ комментатору, который не пишетъ законы, а лишь толкуетъ ихъ.

Защитники другаго мнѣнія[2]) утверждаютъ, напротивъ, что всѣ указанныя нами семь статей (376—382) должны быть примѣнимы и къ незаконнорожденнымъ и доказываютъ свое мнѣніе слѣдующими соображеніями.

1) Неупоминаніе въ статьѣ 383, статей 380, 381 и 382 не доказываетъ еще, что онѣ, дѣйствительно, не должны быть примѣнимы къ незаконнорожденнымъ. Статьи 371, 372 и 374 тоже не упоминаются

---

[1]) Laurent, IV. 465, 467.—Cadrès, 214.

[2]) Demolombe, VI, 536—546.—Marcadé, art. 383.—Acollas, I, 395 и слѣд. —Mignonac, 248 и слѣд.

Digitized by Google

въ статьѣ 383, а тѣмъ не менѣе въ примѣнимости ихъ къ незаконнорожденнымъ никто не сомнѣвается.

2) Редакторы имѣли положительное намѣреніе объявить всѣ статьи въ главѣ о Puissance Paternelle общими, какъ для законнорожденныхъ, такъ и для незаконнорожденныхъ, и не осуществили этого намѣренія только потому, что не желали дать незаконнымъ родителямъ права узуфрукта на имущество ихъ незаконныхъ дѣтей.

3) Противно и логикѣ, и морали давать незаконнымъ родителямъ больше власти, чѣмъ законнымъ.

Не взирая на всю логическую силу этой аргументаціи, надо признать всетаки, что первая теорія выражаетъ мысль закона, а не пос. ' ıяя. Какъ ни аргументировать, а если въ спеціальной статьѣ законъ говоритъ, что въ данной главѣ лишь такія-то статьи должны относиться къ незаконнорожденнымъ, то ясно, какъ божій день, что другія не должны относиться; иначе гдѣ же смыслъ статьи. Несообразность закона съ логикой и моралью—дѣло печальное, но пока онъ написанъ и не вычеркнутъ, онъ, всетаки, будетъ закономъ.

Право родителей давать согласіе на бракъ и нѣкоторые другіе акты, совершаемые незаконными дѣтьми.

Всякое дитя—законное или незаконное—обязано относиться съ почтеніемъ и уваженіемъ къ своимъ родителямъ [1]). Какъ естественный результатъ этой обязанности дѣтей, есть право родителей давать или не давать согласіе на бракъ своихъ дѣтей. Французскій кодексъ, въ этомъ отношеніи, отличается даже особенной строгостью, сравнительно съ другими европейскими кодексами. Вотъ правило французскаго законодательства по этому предмету. Сынъ, не достигшій 25 л., а дочь, не достигшая 21 года, не могутъ заключать брака безъ согласія ихъ родителей. Въ случаѣ разногласія между родителями достаточно согласія отца. По отношенію къ незаконнорожденнымъ, статья эта должна быть понимаема въ томъ смыслѣ, что это право родителей принадлежитъ имъ лишь потолику, поколику они признали незаконное дитя своимъ. Поэтому только тому изъ родителей принадлежитъ право авторизаціи, который призналъ дитя. Если дитя вовсе не было признано, или если оно лишилось родителей до вступленія въ бракъ, то согла-

---

1) Art. 371.

Digitized by Google

сіе на бракъ даетъ спеціально для сей цѣли назначенный опекунъ, (tuteur ad hoc), а не восходящіе, какъ то установлено для законныхъ дѣтей [1]).

Дѣти, достигшія совершеннолѣтія, должны испрашивать согласіе своихъ родителей на бракъ, посредствомъ такъ называемаго почтительнаго акта (acte respectiuex et formel). Это согласіе испрашивается черезъ 2-хъ нотаріусовъ или одного нотаріуса и 2-хъ свидѣтелей и, притомъ, до 3-хъ разъ, всякій разъ черезъ мѣсяцъ, и только если и послѣ третьяго акта не дано будетъ согласія, то, мѣсяцъ спустя, бракъ разрѣшается заключить, не дожидаясь согласія. Это троекратное повтореніе почтительнаго акта требуется, впрочемъ, только для не достигшаго 30-ти лѣтъ мужчины и для не достигшей 25 лѣтъ женщины. Съ этого возраста согласіе испрашивается только разъ [2]).

Въ силу права авторизаціи, незаконные родители, подобно законнымъ, имѣютъ также право дѣлать возраженія противъ брака, заключаемаго ихъ дѣтьми [3]). Это право возраженія имъ предоставлено, точно также какъ и законнымъ родителямъ, безъ выставленія мотивовъ [4]).

Кромѣ права давать согласіе на бракъ, родители незаконныхъ дѣтей имѣютъ еще право авторизаціи и въ другихъ случаяхъ, а именно: при усыновленіи ихъ незаконнаго дитяти [5]), при поступленіи подъ такъ называемую tutelle officieuse [6]) и, наконецъ, при поступленіи въ духовные ордена или конгрегаціи [7]).

Наконецъ, послѣднее личное право незаконныхъ родителей надъ ихъ незаконными дѣтьми есть право эмансипировать ихъ, съ достиженіемъ 15 лѣтъ. Это право есть естественный результатъ отеческой власти.

---

[1]) Art. 159. Ср. Art. 158 и 150.

[2]) Art. 151—154.

[3]) Art. 173.

[4]) Art. 176.

[5]) Demolombe, VI, 518—546. III, 121, 122, 244 и слѣд. Marcadè—art.383; —Laurent, IV, 456—467; Acollas, I, 132, 395—399;—Mignonac—203—259.

[6]) Ср. Art. 346 съ 371, 158, 159.

[7]) Art. 361.

Digitized by Google

Право родителей на имущество дѣтей. Французскій законъ, подобно многимъ другимъ западно-европейскимъ кодексамъ предоставляетъ родителямъ право узуфрукта и управленія дѣтскимъ имуществомъ [1]). Спрашивается, пользуются ли этимъ правомъ родители и по отношенію къ своимъ незаконнымъ дѣтямъ.

Въ текстѣ кодекса нѣтъ отвѣта на вопросъ. Тѣмъ не менѣе и доктриной, и судебной практикой онъ рѣшается отрицательно почти единогласно.

Во первыхъ, относительно *узуфрукта.* Узуфруктъ на дѣтское имущество не можетъ быть данъ незаконнымъ родителямъ по слѣдующимъ основаніямъ:

1) Законный узуфруктъ можетъ существовать лишь въ силу закона. Но нѣтъ текста закона, который бы предоставлялъ этотъ узуфруктъ незаконнымъ родителямъ.

2) И не только нѣтъ текста въ пользу незаконныхъ родителей въ разсматриваемомъ случаѣ, но, напротивъ, есть законъ, говорящій противъ нихъ. Ст. 384, дающая право узуфрукта законнымъ родителямъ, тѣсно связываетъ это право съ бракомъ [2]). Но, при незаконномъ рожденіи, нѣтъ рѣчи о бракѣ.

3) Редакторы имѣли положительное намѣреніе лишить этого права незаконныхъ родителей.

4) Узуфрукты въ пользу незаконныхъ родителей были бы какъ бы поощреніемъ конкубината (une sorte de récompense pecuniaire) и прецедентомъ для созданія подложныхъ признаній [3]).

Точно также въ отрицательномъ смыслѣ рѣшаетъ большинство цивилистовъ и вопросъ о *правѣ управленія* незаконнымъ отцемъ дѣтскимъ имуществомъ, и по тѣмъ же мотивамъ.

1) Нѣтъ текста закона, на которомъ бы можно было основать это законное управленіе.

2) Ст. 389 связываетъ это право съ бракомъ [4]).

---

1) Art. 384 и 389.

2) Le père, *durant le mariage,* et *après la dissolution du mariage,* le survivant des père et mère auront la jouissance des biens de leurs enfants.... Art. 384.

3) Такого мнѣніе: Demolombe, VI, 546—549;—Marcadé, art. 384. n. IV; Laurent, IV, 469—470;—Mignonac, 259—261;—Cadrès—216.

4) Le père est *durant le mariage,* administrateur des biens personels de ses enfants. Art. 389.

Digitized by Google

3) Право управленія въ рукахъ незаконнаго отца было бы нарушеніемъ смысла этого института. Онъ установленъ лишь на время брака; положеніе же незаконнаго отца есть положеніе аналогичное съ случаемъ не существованія, а прекращенія брака, а на сей разъ установлено не законное управленіе, а опека [1] [2]).

Но если управленіе дѣтскимъ имуществомъ не принадлежитъ отцу, то, спрашивается, кому же оно должно принадлежать? Принадлежитъ оно, конечно, опекѣ. Но вопросъ только въ томъ, какова должна быть эта опека—законная ли, или же назначенная семейнымъ совѣтомъ (dative). Преобладающее, въ послѣднее время, мнѣніе, что она должна быть законная и вотъ почему.

1) Справедливо и полезно отдать имущество малолѣтняго на попеченіе того, подъ чьей опекой находится онъ самъ, т. е. незаконному отцу.

2) Это оправдывается и предполагаемою моральною привязанностью, существующею на сторонѣ отца, и тѣмъ имущественнымъ интересомъ, какъ ближайшаго наслѣдника, который заставляетъ его оберегать собственность дитяти.

Допуская же право отца на опеку въ силу закона, eo ipso надо допустить и право его назначить послѣ себя опекуна въ завѣщаніи. (Art. 398) [3]).

---

[1]) Demolombe, VI, 550—552.—Marcadé, II, 156 и слѣд. Mignonac, 261—269.

[2]) Laurent, впрочемъ, не согласенъ съ этимъ господствующимъ мнѣніемъ и думаетъ, что незаконному отцу должно быть предоставлено право управленія дѣтскимъ имуществомъ, точно также какъ и законному. Эту мысль онъ основываетъ на томъ, что право управленія есть атрибутъ отеческой власти, а такъ какъ въ этой власти не отказываютъ незаконному отцу, то, слѣдовательно, не должно быть ему отказано и въ результатѣ ея. IV, p. 467—469.

[3]) Laurent IV, 528—529.—Mignonac, 264,—272;—Contra: Demolombe, VIII, 383;—Marcadé. Art. 390.

Digitized by Google

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Отношенія между родителями и дѣтьми, независящія отъ отеческой власти.

Кромѣ отношеній между родителями и дѣтьми, имѣющихъ свое основаніе въ родительской власти, есть еще другія, вытекающія непосредственно изъ сыновства дитяти. Эти отношенія заключаются въ правѣ дитяти на фамилію своихъ родителей и на взаимныя алиментарныя права дѣтей и родителей.

Фамилія незаконнаго дитяти. Въ кодексѣ нѣтъ статьи, которая бы указывала, чью фамилію носитъ незаконнорожденный. Тѣмъ не менѣе и въ наукѣ, и въ практикѣ признано, что незаконнорожденный именуется по фамиліи своихъ родителей; конечно, незаконнорожденный признанный родителями, такъ какъ о не признанныхъ незаконныхъ дѣтяхъ вообще нѣтъ рѣчи съ точки зрѣнія французскаго законодательства. Это право незаконнорожденнаго на фамилію родителей основывается обыкновенно на исторической традиціи, на существующемъ обычаѣ и, наконецъ, на необходимости—такъ какъ передача имени есть вѣрнѣйшее средство опредѣлить сыновство незаконнаго дитяти.

Но котораго же изъ родителей носитъ фамилію незаконнорожденный? Конечно, того, кто призналъ его. Но если признали оба? Демоломбъ говоритъ—отца, а Лоранъ говоритъ, что надо различать—если признаніе сдѣлано разновременно, то того изъ родителей, который сдѣлалъ признаніе прежде; если же одновременно, то двѣ фамиліи: отца и матери вмѣстѣ. Такъ какъ текста закона нѣтъ на этотъ предметъ, то рѣшить, кто правъ, невозможно. Надо только замѣтить, что мнѣніе Демоломба вообще преобладающее [1]).

Алиментарныя права незаконныхъ дѣтей. Переходя къ разсмотрѣнію алиментарныхъ правъ незаконныхъ дѣтей, надо замѣтить, что въ этомъ случаѣ обнаруживается не только недружелюбное отношеніе редакторовъ къ „естественнымъ“ дѣтямъ, но даже и непростительная небрежность. Такъ въ кодексѣ мы не находимъ ни слова объ этой обязанности. Тѣмъ не менѣе и доктрина, и практика согласно убѣждены, что алиментарныя права незаконныя признанныя дѣти имѣютъ, не

---

1) Demolombe—V. 612—613;—Mignonac, 304—306. Онъ того же мнѣнія, что и Демоломбъ. Laurent, IV, 185—186.

Digitized by Google

взирая на отсутствіе положительнаго закона. Это мнѣніе наука, и суды основываютъ на такихъ соображеніяхъ.

1) Законъ даетъ право на алименты дѣтямъ отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія, такъ сказать, худшимъ изъ незаконнорожденныхъ, а fortiori, слѣдовательно, онъ даетъ ихъ и лучшимъ, т. е. простымъ enfants naturels. Этого аргумента было бы, собственно, и одного достаточно. Не признать его силу, значило бы допустить абсурдъ въ законѣ. Но нѣкоторые еще прибавляютъ сюда такія соображенія:

2) Права алиментарныя незаконныхъ дѣтей вытекаютъ еще изъ правъ ихъ, какъ наслѣдниковъ съ законной долей (héritiers réservataires), потому что эта доля есть, въ существствѣ, ничто иное какъ уплата алиментарнаго долга.

3) Алиментарныя права незаконныхъ дѣтей составляютъ естественное слѣдствіе отчества, которое констатируется признаніемъ.

Обязанность алиментарная распредѣляется, какъ, само собою, понятно, такъ: кто призналъ дитя, тотъ и долженъ платить алименты. Но если признали оба родителя, кто несетъ алиментарную обязанность: только ли отецъ, какъ при законномъ рожденіе, или же оба родителя въ одинаковой мѣрѣ, если оба, конечно, располагаютъ средствами? Полагать надо, оба. Отецъ законный несетъ алиментарную обязанность, какъ глава семьи, но незаконнорожденный не принадлежитъ къ семьѣ, и незаконный отецъ, по отношенію къ своему незаконному дитяти, не пользуется всѣми выгодами, соединенными съ положеніемъ такого главы, а если онъ не пользуется всѣми выгодами, то не долженъ нести и всѣхъ тягостей, т. е. вносить всѣ алименты даже и тогда, когда мать есть налицо и располагаетъ средствами. Такое рѣшеніе вопроса сообразно и съ духомъ французскаго законодательства, всегда покровительствующаго незаконному отцу.

Но тутъ возникаетъ другой, и гораздо труднѣе разрѣшаемый, вопросъ. Мы упоминали выше, что въ французскомъ кодексѣ есть, между прочимъ, такая статья: если одинъ изъ супруговъ признаетъ дитя, прижитое имъ до брака отъ 3-го лица, то это дитя не должно вредить интересамъ ни другаго супруга, ни происшедшимъ отъ брака дѣтямъ [1]). Спрашивается, выдача алиментовъ этому признанному дитяти будетъ ли запрещаемымъ закономъ „вредомъ", или нѣтъ. Мнѣнія ученыхъ раздѣляются. Одни[2]) говорятъ, что дитя всегда имѣетъ право на алименты,

1) Art. 337.

2) Marcadé, II, art. 337.

Digitized by Google

такъ какъ право это не является съ характеромъ денежнымъ, а, слѣдовательно, вредъ, упоминаемый въ статьѣ 337 здѣсь не можетъ служить возраженіемъ. Другіе[1]), напротивъ, говорятъ, что надо различать, на какое имущество простирается алиментарный долгъ. Если онъ взыскивается съ имущества, на которое супругъ-родитель имѣетъ право собственности и право пользованія, то возражать противъ этого взысканія другой супругъ не можетъ. Таковъ случай, когда добрачнымъ договоромъ установлена была раздѣльность имущества. (Séparation de biens). Впрочемъ, это правило, продолжаютъ защитники этой теоріи, касается лишь одного мужа, такъ какъ, и при раздѣльности имуществъ, жена обязана давать $^1/_3$ своихъ доходовъ, на издержки семейной жизни. Слѣдовательно, алиментированіе женой своихъ добрачныхъ дѣтей будетъ всегда нарушеніемъ интересовъ мужа. Что же касается самыхъ дѣтей, *прижитыхъ въ бракѣ*, то, при всякой системѣ, прокормленіе ихъ незаконныхъ братьевъ или сестеръ будетъ „вредомъ" для первыхъ. Слѣдовательно, по точному толкованію закона, при наличности законныхъ дѣтей, дитя незаконное, до брака прижитое, не можетъ требовать содержанія отъ своихъ родителей. Сторонники этой системы сознаютъ, что законъ не раціоналенъ, что надо сдѣлать поправку, но она не сдѣлана и, слѣдовательно, законъ остается такимъ, какимъ онъ есть. Дѣйствительно, отвергнуть этотъ жестокій законъ можно, лишь войдя въ буквальное противорѣчіе со статьей[2]). Итакъ изъ изложеннаго мы видимъ, что самое признаніе незаконныхъ дѣтей—этотъ единственный, покровительствуемый закономъ, способъ опредѣленія незаконнаго сыновства—не всегда гарантируетъ признанному право требовать себѣ пропитанія отъ признавшаго его родителя.

Посмотримъ теперь, какъ опредѣляется *объемъ* алиментарной обязанности. Текста закона, который бы опредѣлялъ этотъ объемъ, въ от-

---

[1]) Laurent, IV, 199—202.

[2]) Демоломбъ говоритъ, что надо допустить право на алименты добрачнаго дитяти мужа не только въ случаѣ séparation de biens, но и тогда, когда законъ даетъ мужу право пользоваться доходами съ имущества жены, какъ то: въ случаѣ общности имущества (1401, 1421, 1530) и приданаго (1549). Отъ матери же незаконное дитя можетъ требовать алиментовъ, лишь при системѣ раздѣльности имуществъ, или при системѣ приданаго, въ послѣднемъ случаѣ съ ея biens paraphernaux. Того же мнѣнія и Cadrés, 186—187.

Digitized by Google

ношеніи незаконныхъ дѣтей, нѣтъ. Но есть законоположенія, устанавливающія объемъ алиментарной обязанности въ отношеніи законныхъ дѣтей. Эти постановленія обыкновенно примѣняются по аналогіи и къ незаконнорожденнымъ, такъ какъ отказаться отъ этой аналогіи значило бы отказаться совсѣмъ отъ опредѣленія нормы алиментовъ.

Законъ говоритъ, что алименты даются сообразно потребности, ощущаемой въ нихъ алиментируемымъ и сообразно имущественнымъ средствамъ алиментирующаго [1]). Этими соображеніями руководствуются не только при опредѣленіи первоначальной суммы алиментовъ, но и количества ихъ въ будущемъ. Такъ, что, съ измѣненіемъ нужды получающаго алименты и средствъ дающаго, измѣняется и мѣра назначенныхъ алиментовъ [2]). Что касается этой мѣры, то она опредѣляется судомъ и состоитъ въ денежной суммѣ. Впрочемъ, говоритъ законъ, если бы обязанный алиментами доказалъ, что не можетъ взносить алиментной суммы, то судъ, по изслѣдованіи дѣла, можетъ приказать алиментирующему взять алиментируемаго къ себѣ въ домъ и содержать его [3]). Наконецъ, есть случай, когда въ алиментарный долгъ засчитываются прежде понесенныя на содержаніе алиментируемаго издержки. А именно: по статьѣ 764, если отецъ или мать дитяти, родившагося отъ прелюбодѣянія или кровосмѣшенія, выучатъ его какому нибудь ремеслу или же обезпечатъ ему алименты при жизни, то послѣ ихъ смерти дитя не можетъ уже предъявлять претензій къ ихъ наслѣдству. Само собою разумѣется, что статья эта должна быть примѣнима и къ простымъ незаконнорожденнымъ.

Алиментарная обязанность, хотя и разсматривается какъ отношеніе личное, тѣмъ не менѣе подлежитъ *наслѣдственному переходу*. На это мы имѣемъ положительныя указанія въ законѣ въ статьяхъ 763 и 764. Въ первой изъ нихъ опредѣляется, какъ устанавливается и самая мѣра алиментовъ, а именно: дѣло зависитъ отъ количества и качества законныхъ наслѣдниковъ, и чѣмъ ближе они по родству къ наслѣдодателю, тѣмъ меньше выдѣляется незаконнорожденному изъ наслѣдства на его алименты.

---

[1]) Art. 208. Сходное съ этимъ постановленіемъ, только менѣе точное, мы находимъ въ ст. 763.

[2]) Art. 209.

[3]) Art. 210.

Digitized by Google

Алиментарная обязанность между родителями и ихъ незаконными дѣтьми признается вообще *взаимною*, т. е. признается, что и незаконное дитя обязано прокармливать находящихся въ нуждѣ своихъ родителей. Текста закона, правда, на это въ кодексѣ нѣтъ, но такое мнѣніе основывается, во первыхъ, на общемъ характерѣ алиментарной обязанности, а во вторыхъ, на старой традиціи. Но вотъ вопросъ—простирается ли алиментарная обязанность незаконныхъ дѣтей не только въ отношеніи родителей, но и въ отношеніи другихъ восходящихъ? Преобладающее мнѣніе [1]), что эта обязанность не должна идти дальше родителей и вотъ почему. Дѣйствіе признанія добровольнаго или принудительнаго распространяется только на родителей. Кромѣ родителей другихъ восходящихъ у незаконнорожденнаго, въ глазахъ закона, нѣтъ. А если ихъ нѣтъ de jure, то не можетъ быть юридически и рѣчи объ какой бы то ни было обязанности по отношенію къ нимъ [2]).

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

О наслѣдственныхъ правахъ незаконнорожденныхъ и объ узаконеніи.

Перейдемъ теперь къ разсмотрѣнію *наслѣдственныхъ правъ* незаконнорожденныхъ. Излагая исторію положенія незаконнорожденныхъ, мы видѣли, что во Франціи незаконныя дѣти вначалѣ были лишены всякихъ наслѣдственныхъ правъ. Общимъ правиломъ было: enfants bastards ne succèdent. Законы французской революціи круто повернули отъ этого принципа въ противоположную сторону. Незаконныя дѣти наслѣдуютъ на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и законныя, говорятъ постановленія этого времени. Такимъ образомъ, дореволюціонное законодательство интересы дитяти приносило въ жертву интересамъ общественнаго порядка; законы революціонные, напротивъ, жертвовали интересами общественными изъ—за интересовъ дитяти. Дѣйствующій кодексъ является примирителемъ этихъ двухъ крайнихъ началъ. Въ

---

[1]) Demolombe, IV, 19, 20.

[2]) Demolombe, IV, 15—20;—Laurent, III, 57, 188, 199—202; Marcadé, II, 56—67; Acollas, I, 349,—Cadrès, 182—192.

Digitized by Google

немъ соблюдены интересы незаконнаго дитяти—такъ какъ оно участвуетъ въ наслѣдованіи даже совмѣстно съ своими законными братьями и сестрами, и интересы брака и семьи, такъ какъ это участіе гораздо ограниченнѣе участія законныхъ дѣтей.

Посмотримъ теперь, каковы же эти, дарованныя кодексомъ, наслѣдственныя права.

Общая руководящая статья по вопросу о наслѣдованіи незаконнорожденныхъ гласитъ такъ: „незаконныя дѣти не наслѣдники. Законъ даетъ имъ право на имущество ихъ умершаго отца или матери, если онѣ были признаны послѣдними. Законъ не даетъ имъ никакого права на имущество родственниковъ отца или матери“ [1]). Отсюда вытекаютъ три важныя слѣдствія. Во первыхъ. Законъ призываетъ къ наслѣдованію только незаконныхъ *признанныхъ* дѣтей. Это результатъ общаго правила, практикуемаго кодексомъ въ вопросѣ о незаконнорожденныхъ. Для французскаго законодателя существуютъ только незаконныя *признанныя* дѣти. Непризнанныхъ онъ не знаетъ, а потому и правами ихъ не занимается. Во вторыхъ. Законъ и для признанныхъ дѣтей устанавливаетъ юридическую связь лишь между признавшимъ родителемъ и дитятею. На родственниковъ признавшаго сила признанія не распространяется. Поэтому ни при жизни послѣднихъ, ни послѣ ихъ смерти незаконнорожденныя никакихъ правъ по отношенію къ нимъ не имѣютъ.

Въ третьихъ. Законъ говоритъ, что и тогда, когда незаконнорожденный призывается къ наслѣдованію, онъ *не наслѣдникъ*. Это, нѣсколько сбивчивое, выраженіе статьи и наводило нѣкоторыхъ на сомнѣніе, не есть ли право незаконнорожденнаго на наслѣдственное имущество лишь *долгъ*, лежащій на наслѣдствѣ. Основаніе этому сомнѣнію находили въ томъ, что, при редакціи статьи, была, дѣйствительно, мысль такъ опредѣлить наслѣдственныя права незаконнорожденнаго. Однако большинство современныхъ цивилистовъ и судебная практика того мнѣнія, что незаконнорожденный есть дѣйствительный наслѣдникъ, а не кредиторъ только прочихъ наслѣдниковъ. Это мнѣніе основывается во 1-хъ, на томъ, что мысль редактировать статью, въ указанномъ выше смыслѣ, хотя и существовала, но была оставлена; во 2-хъ, самъ за-

---

[1]) Art. 756.

Digitized by Google

конъ въ статьѣ 757 называетъ права незаконнорожденнаго правами наслѣдственными (ce droit est d'un tiers *de la portion héréditaire)*. Въ 3-хъ, въ извѣстныхъ случаяхъ незаконное дитя можетъ быть призвано къ наслѣдованію всего имущества, оставшагося послѣ его умершаго родителя. Спрашивается, чьимъ тогда кредиторомъ оно будетъ.

Итакъ незаконнорожденный есть, дѣйствительно, наслѣдникъ. Выраженіе же статьи, что онъ не наслѣдникъ, надо понимать лишь въ томъ смыслѣ, что онъ не признается законнымъ наслѣдникомъ (héritier légitime), а только простымъ (successeur). Разница между этими двумя видами наслѣдниковъ есть. Первый вступаетъ въ силу закона (de plein droit) во владѣніе наслѣдственнымъ имуществомъ; второй же можетъ только требовать выдачи его отъ тѣхъ, въ чьемъ владѣніи оно находится [1]).

Послѣ этой общей характеристики наслѣдственныхъ правъ незаконнорожденнаго, мы перейдемъ къ разсмотрѣнію *порядка призванія* къ *наслѣдованію* незаконнорожденнаго и его наслѣдственной *доли*.

Незаконнорожденный призывается къ наслѣдованію во всѣхъ трехъ классахъ не только совмѣстно съ боковыми и восходящими, но даже и съ законными нисходящими своего родителя, но лишь такъ, что доля его измѣняется, не только смотря по количеству другихъ конкурентовъ, но и по качеству ихъ, (т. е. по родственной близости ихъ къ наслѣдодателю). Только за полнымъ отсутствіемъ родственниковъ, имѣющихъ наслѣдственныя права, незаконнорожденный призывается къ наслѣдованію въ цѣломъ.

Итакъ существенное въ вопросѣ о наслѣдованіи незаконнорожденнаго есть *опредѣленіе наслѣдственной его доли*, такъ какъ самый порядокъ наслѣдованія простъ. Посмотримъ, какъ же опредѣляется эта доля. Законъ опредѣляетъ ее такъ: при законныхъ нисходящихъ незаконнорожденный получаетъ $^1/_3$ того, что досталось бы ему, еслибы онъ былъ законнорожденнымъ, при восходящихъ или братьяхъ и сестрахъ наслѣдодателя—$^1/_2$, при прочихъ боковыхъ родственникахъ—$^3/_4$ означенной доли [2]).

---

1) Art. 757.

2) Demolombe, XIV, 1—32;—Laurent, IX, 122—131; Marcadé III, 102, 103 Cadrès, 233—234;—Acollas, II, 132, 133.

Digitized by Google

Остановимся на каждомъ изъ указанныхъ закономъ случаевъ. *Наслѣдованіе незаконнорожденнаго при законныхъ нисходящихъ наслѣдодателя.* Опредѣленіе правъ незаконнорожденнаго легко и просто, если одинъ незаконнорожденный конкурируетъ съ однимъ или нѣсколькими законными дѣтьми. Онъ засчитывается въ общее количество дѣтей, наслѣдство дѣлится на цыфру дѣтей, и незаконнорожденный получаетъ $^1/_3$ частнаго. Дѣло сложнѣе, когда оказывается не одинъ незаконнорожденный, а нѣсколько. Какъ дѣлить тогда наслѣдство? Практикуется, при разрѣшеніи этого вопроса, двѣ важнѣйшія системы. По первой надо разсматривать всѣхъ незаконныхъ дѣтей какъ законныхъ и сдѣлать между всѣми дѣтьми фиктивное распредѣленіе наслѣдства, а затѣмъ дать каждому незаконнорожденному $^1/_3$ этой фиктивной доли. Такъ что, если наслѣдственная масса равняется 9000 франкамъ, и если претендентами явится двое незаконныхъ дѣтей и одно законное, то, предположивъ сначала всѣхъ законными, получится для каждаго 3000 фр., а затѣмъ, дѣля эту сумму на 3, получится для каждаго незаконнаго по 1000 фр., а для законнаго дитяти 7 тысячъ фр. Эта система основывается, во 1-хъ, на томъ, что, хотя статья 757 и говоритъ объ $^1/_3$ для одного дитяти, но что это вовсе не доказываетъ, что такой дѣлежъ примѣнимъ лишь тогда, когда участвуетъ только одинъ незаконнорожденный; напротивъ, кодексъ обыкновенно употребляетъ единственное число даже и тогда, когда рѣчь идетъ о нѣсколькихъ предметахъ. Во вторыхъ, такой раздѣлъ подтверждаютъ подготовительныя къ кодексу работы.

Вторая система устанавливаетъ отношеніе между частью одного незаконнорожденнаго и частями одного или нѣсколькихъ законныхъ дѣтей и удерживаетъ то же отношеніе и при нѣсколькихъ незаконныхъ дѣтяхъ.

Предположимъ, говоритъ авторъ этой системы (Gros, ліонскій адвокатъ), что претендентами будутъ одно законное дитя и одно незаконное; тогда незаконное получитъ $^1/_3$ половины, т. е. $^1/_6$. слѣдовательно, отношеніе доли незаконнаго къ долѣ законнаго будетъ какъ 1:5. Удерживая тоже отношеніе при двухъ незаконныхъ дѣтяхъ, надо наслѣдство раздѣлить на 7 частей и дать законному дитяти $^5/_7$, а каждому изъ незаконныхъ по $^1/_7$; при 3-хъ незаконныхъ дѣтяхъ, законное дитя получаетъ $^5/_8$, а каждое незаконное $^1/_8$ и т. д.

Также производится вычисленіе и въ противоположномъ случаѣ;

Digitized by Google

когда конкурируетъ нѣсколько незаконныхъ дѣтей съ однимъ или нѣсколькими законными; а именно: при одномъ незаконномъ дитяти и двухъ законныхъ, незаконное получитъ треть $^1/_3$—и, т. е. $^1/_9$, законныя же вмѣстѣ $^8/_9$, а каждое по $^4/_9$, слѣдовательно, отношеніе между долей законнаго и незаконнаго дитяти будетъ какъ 4:1. Удерживая тоже отношеніе, при 2-хъ законныхъ и 2-хъ незаконныхъ дѣтяхъ, надо раздѣлить наслѣдство на 10 частей и изъ нихъ дать законнымъ дѣтямъ вмѣстѣ $^8/_{10}$, а незаконнымъ $^2/_{10}$; при 2-хъ законныхъ и 3-хъ незаконныхъ дѣтяхъ, наслѣдство дѣлится на 11 частей, и законныя получаютъ $^8/_{11}$, а незаконныя $^3/_{11}$ и т. д. дѣлается вычисленіе, удерживая постоянно указанное отношеніе.

Это второе мнѣніе, не взирая на всю свою логичность, отвергается тѣмъ не менѣе практикой и большинствомъ ученыхъ: и судьи, и ученые стоятъ, напротивъ, за первое мнѣніе, какъ болѣе согласное со смысломъ закона [1]).

Наслѣдованіе незаконнорожденнаго при восходящихъ или братьяхъ и сестрахъ умершаго.

Въ этомъ случаѣ законъ даетъ незаконнорожденному право на $^1/_2$ того, что принадлежало бы ему, если бы онъ былъ законнорожденнымъ, т. е. на половину наслѣдства. Эта половина, по общему толкованію, принадлежитъ всѣмъ незаконнымъ дѣтямъ, сколько бы ихъ ни было [2]). Но здѣсь возникаетъ разногласіе по другому вопросу, а именно: спрашиваютъ, надо ли въ разсматриваемомъ случаѣ нисходящихъ братьевъ и сестеръ ставить на ту же линію, что и послѣднихъ, или нѣтъ, другими словами: надо ли, при племянникахъ и племянницахъ, давать незаконнорожденному только половину или же $^3/_4$ наслѣдства (какъ при прочихъ боковыхъ родственникахъ)? Существуетъ два мнѣнія. Одни [3]) говорятъ, что незаконное дитя, при племянникахъ или племянницахъ наслѣдодателя, имѣетъ право на $^3/_4$ наслѣдства и доказываютъ свое мнѣніе слѣдующими соображеніями.

Текстъ статьи 757 говоритъ категорически—дитя имѣетъ право

---

[1]) Мнѣніе Gros смотри у Acollas II, 138—139.—Защитниками первой системы: являются Demolombe, XIV, 84—90; Laurent, IX, 136—138.

[2]) Demolombe, XIV, 102, 103.

[3]) Massé et Vérgé sur Zachariae II, p. 275.—Cadrès—238—251, Laurent, IX, 140—145.

Digitized by Google

на $^3/_4$ наслѣдства, когда отецъ или мать не оставятъ ни нисходящихъ, ни восходящихъ, ни братьевъ, ни сестеръ. О племянникахъ и о племянницахъ она не упоминаетъ.

2) Законъ тѣмъ болѣе ограничиваетъ права незаконнорожденнаго, чѣмъ болѣе отъ нихъ страдаютъ интересы семьи, но чѣмъ отдаленнѣе родство къ наслѣдодателю законныхъ родственниковъ, конкурирующихъ съ незаконнорожденнымъ, тѣмъ меньше участіе въ наслѣдствѣ со стороны незаконнорожденнаго задѣваетъ эти интересы. Слѣдовательно, при племянникахъ и племянницахъ, незаконнорожденному надо дать больше, чѣмъ при братьяхъ и сестрахъ наслѣдодателя, т. е. $^3/_4$, а не половину только.

3) Постановленія о наслѣдованіи регулярномъ сюда не должны быть примѣняемы, такъ какъ кодексъ трактуетъ о наслѣдованіи иррегулярныхъ наслѣдниковъ спеціально.

Другіе [1]) говорятъ, что незаконное дитя имѣетъ право лишь на половину наслѣдства, при племянникахъ и племянницахъ, какъ и при братьяхъ и сестрахъ наслѣдодателя, и приводятъ такія доказательства.

1) Подготовительныя работы къ кодексу положительно подтверждаютъ, что таково было мнѣніе редакторовъ.

2) Приравненіе нисходящихъ братьевъ и сестеръ къ самымъ братьямъ и сестрамъ есть общее правило въ системѣ наслѣдованія. Оно всегда должно предполагаться, пока не отмѣнено. Но такой отмѣны въ статьѣ не сдѣлано.

3) Замѣчаніе, что это правило касается лишь регулярныхъ наслѣдниковъ неосновательно, такъ какъ наслѣдованіе представляется иррегулярнымъ лишь въ отношеніи самого дитяти, а не другихъ лицъ, т. е. въ данномъ случаѣ племянниковъ и племянницъ.

Не взирая на всю логику этихъ доводовъ, они, всетаки, безсильны предъ, дѣйствительно, категорическимъ текстомъ закона. Судебная практика, всегда по необходимости держащаяся строгаго смысла закона, тоже за первое мнѣніе, а не за второе [2]).

При наслѣдованіи незаконнорожденнаго съ прочими боковыми (кромѣ братьевъ и сестеръ), наслѣдственная доля его равняется $^3/_4$ того,

---

[1]) Demolombe XIV, 108—114;—Marcadé, III, 105—107;—Acollas II, 140—142.

[2]) См. Laurent, loco cit.

Digitized by Google

что получилъ бы онъ, будучи законнорожденнымъ, т. е. $^3/_4$ наслѣдства, каково бы ни было число другихъ конкурентовъ. По общему мнѣнію эта цыфра должна оставаться неизмѣнной и тогда, когда къ наслѣдованію призывается не одинъ незаконнорожденный, а нѣсколько вмѣстѣ. Но возможенъ такой случай. Наслѣдодатель оставляетъ одного или нѣсколькихъ восходящихъ въ одной линіи, а въ другой боковыхъ Спрашивается, какъ тогда дѣлить наслѣдство. Разногласіе. Одни говорятъ, что наслѣдство должно разсматриваться тогда какъ двѣ массы. Изъ одной незаконнорожденный получаетъ $^1/_2$ (со стороны восходящихъ), а изъ другой $^3/_4$ (со стороны боковыхъ). Это потому, что статья 757 имѣетъ всегда въ виду при дѣлежѣ родственную близость конкурентовъ [1]).

Другіе, напротивъ, говорятъ, что незаконнорожденный имѣетъ право нераздѣльно лишь на $^1/_2$ наслѣдства, по слѣдующимъ соображеніямъ:

1) Статья 757 назначаетъ половину наслѣдства незаконнорожденному, если только онъ конкурируетъ съ восходящими. Есть ли еще и боковые, или нѣтъ, законъ не различаетъ.

2) Странно было бы дать незаконнорожденному больше правъ въ томъ случаѣ, когда при восходящихъ есть еще и боковые, когда онъ имѣетъ меньше правъ, при конкуренціи однихъ лишь восходящихъ.

Аргументація второй системы убѣдительна до очевидности. За нее всѣ новѣйшіе цивилисты [2]).

Изложенными выше правилами опредѣляются наслѣдственныя права незаконныхъ дѣтей, при конкуренціи ихъ съ законными родственниками, при отсутствіи же сихъ послѣднихъ, законъ дастъ *незаконнорожденному право на все наслѣдство, оставшееся послѣ его умершаго родителя* [3]).

Изъ этого постановленія видно: во 1-хъ, что даже самые отдаленные родственники, имѣющіе наслѣдственныя права (12-й степени) предпочитаются незаконнорожденному, а во 2-хъ, что, при отсутствіи такихъ родственниковъ, самъ незаконнорожденный предпочитается не только фиску, но и оставшемуся въ живыхъ супругу. Но получая и право имѣть все наслѣдство, незаконнорожденный остается, всетаки,

---

[1]) Massé et Vergé sur Zachariae, II, p. 275. Marcadé, III, 109.

[2]) Demolombe, XIV, 117—122;—Laurent, IX, 148, 149;—Acollas II, 142—144.

[3]) Art. 758.

Digitized by Google

иррегулярнымъ наслѣдникомъ и, слѣдовательно, для овладѣнія наслѣдствомъ требуется l'envoi en possession [1]).

Таковы наслѣдственныя права самихъ незаконнорожденныхъ. Статья 759 говоритъ, что, въ случаѣ ихъ смерти, правами ихъ пользуются ихъ *дѣти* или другіе *нисходящіе*. Эта статья, вводящая потомство незаконнорожденныхъ въ сферу правъ, принадлежащихъ послѣднимъ, порождаетъ два вопроса:

I. Призываются ли нисходящіе незаконнорожденнаго только въ случаѣ смерти послѣдняго, или же и при жизни его—въ случаѣ отказа или недостоинства—другими словами, наслѣдуютъ ли они только по праву представленія, или же и самостоятельно.

Лоранъ [2]), Маркаде [3]) и Кадре [4]) допускаютъ возможность наслѣдованія лишь по праву представленія. Напротивъ, Демоломбъ [5]) и Аколла [6]) утверждаютъ, что нисходящіе незаконнорожденнаго могутъ наслѣдовать послѣ родителей послѣдняго не только по праву представленія, но и самостоятельно.

Доказательства первыхъ слѣдующія:

1) Чтобы наслѣдовать по праву представленія или самостоятельно, надо быть способнымъ къ наслѣдованію (successible) послѣ того, къ чьему наслѣдству призывается наслѣдующій. Способны же вообще къ наслѣдованію только законные или естественные родственники. Законныхъ нисходящихъ незаконнорожденнаго нельзя назвать законными родственниками отца послѣдняго, такъ какъ законное родство предполагаетъ непрерывную связь лицъ, происходящихъ отъ *брака*. Слѣдовательно, нисходящіе будутъ лишь естественными родственниками своего дѣда. Но признается ли закономъ это родство? Статья 756 даетъ на это категорически отрицательный отвѣтъ.

2) Текстъ закона говоритъ только о случаѣ смерти (en cas de prédécés) т. е. о наслѣдованіи по праву представленія.

---

[1]) Demolombe, XIV, 126—129.—Laurent, IX, 149—150.—Marcadé, III, 109—110.—Cadrés, 256.

[2]) IX, 150—153.

[3]) III, 111—112.

[4]) 256—257.

[5]) XIV, 130, 134.

[6]) II, 145—146.

Digitized by Google

3) Право наслѣдованія, по общему правилу, взаимно; но отецъ незаконнорожденнаго не наслѣдуетъ нисходящимъ послѣдняго; слѣдовательно, и наоборотъ нисходящіе не должны наслѣдовать своему дѣду [1]).

Защитники противоположнаго мнѣнія аргументируютъ такъ.

1) Слова закона—en cas de prédécés не надо понимать буквально. Это выраженіе не общее, а лишь примѣрное, id quod plerumque fit, слѣдовательно, текстъ закона не воспрещаетъ понимать въ своихъ словахъ наслѣдованіе не только по представленію но и самостоятельное.

2) Общее правило, что кто имѣетъ право наслѣдовать по праву представленія, тотъ имѣетъ право наслѣдовать и самостоятельно [2]).

Намъ кажется убѣдительнымъ первое мнѣніе. За него текстъ закона, за него и духъ его, ограничивающій родственную связь незаконнорожденнаго признаннаго дитяти лишь лицомъ признавшаго, а не родственниками его.

II. Второй вопросъ, порождаемый статьей 759, заключается въ слѣдующемъ. Понимаетъ ли эта статья только законныхъ дѣтей незаконнорожденнаго, или же безразлично—и законныхъ, и незаконныхъ? Такой вопросъ возникаетъ, между прочимъ, потому, что въ законодательныхъ преніяхъ высказывалась мысль (Cambacérès), дѣйствительно, допускающая толкованіе статьи въ послѣднемъ смыслѣ. Тѣмъ не менѣе въ настоящее время единогласное мнѣніе цивилистовъ, что въ статьѣ только рѣчь о законныхъ нисходящихъ незаконнорожденнаго, и вотъ почему.

1) Статья 756 категорически отказываетъ незаконнорожденному въ правѣ на имущество родственниковъ его родителей.

2) Допуская противное, надо было бы допустить абсурдъ въ законѣ. Такъ общепризнанно, что незаконное дитя, *отецъ котораго былъ законнымъ сыномъ*, не можетъ наслѣдовать своему дѣду; при противномъ же мнѣніи, вышло бы, что, незаконное дитя, *отецъ котораго былъ незаконнымъ сыномъ*, можетъ наслѣдовать своему дѣду, или что тоже—выгоднѣе быть сыномъ незаконнорожденнаго, чѣмъ законнорожденнаго [3]).

---

[1]) Laurent, IX, 150—153.

[2]) Demolombe, XIV, 132—134.

[3]) Demolombe, XIV, 134—137; Laurent, IX, 158,—Marcadé III, 110; Aceollas II—146; Cadrés—256.

Digitized by Google

Объемъ наслѣдственныхъ правъ незаконнорожденныхъ дѣтей зависитъ не только отъ количества и качества конкурентовъ, но еще и отъ того, получали ли онѣ что либо даромъ, при жизни наслѣдодателя, или не получали. Вотъ какъ говоритъ объ этомъ кодексъ. Незаконное дитя или его нисходящіе обязаны засчитать въ свою претензію все, что они получили отъ своего отца или матери и что составляетъ предметъ зачета (rapport) [1]). И далѣе: незаконныя дѣти не могутъ ни даромъ, ни по завѣщанію получить болѣе того, что имъ опредѣлено въ главѣ о наслѣдствѣ [2]). Эти постановленія имѣютъ цѣлью ограничить права незаконнорожденныхъ на имущество ихъ родителей строгой, точно опредѣленной нормой. Эта норма должна оставаться неизмѣнной, какъ бы ни переходило имущество родителей къ незаконнымъ дѣтямъ—путемъ ли воли родителей, или путемъ закона.

Примѣненіе первой изъ изложенныхъ статей возбуждаетъ слѣдующій вопросъ. Зачетъ, о которомъ идетъ рѣчь въ статьѣ, есть ли общій наслѣдственный зачетъ (rapport), или же это какой либо зачетъ особенный. Въ отвѣтъ на это французскіе цивилисты говорятъ, что это есть общій наслѣдственный зачетъ, хотя и съ существенными отличіями отъ него. Общій онъ въ томъ смыслѣ, что, согласно статьѣ 760, подлежитъ тѣмъ же правиламъ, при опредѣленіи засчитываемыхъ правъ, что и всякій rapport [3]). Отличается же онъ отъ обыкновеннаго зачета:

Во 1-хъ, тѣмъ, что, по статьѣ 760 и 908, незаконное дитя не можетъ быть освобождено отъ зачета прежде полученнаго, ни волей наслѣдодателя, ни отказомъ отъ наслѣдства—изъятіе существующее при обыкновенномъ зачетѣ [4]).

Во 2-хъ, тѣмъ, что подлежитъ зачету, не только все подаренное или завѣщанное лично незаконнорожденному, но также и его нисходящимъ или супругу, какъ лицамъ подставнымъ [5])—правила опять неприложимыя къ общему rapport [6]) [7]).

---

[1]) Arl. 760.

[2]) Art. 908.

[3]) Art. 843, 851—856.

[4]) Art. 843—845.

[5]) Art. 908, 911.

[6]) Art. 847, 849.

[7]) Demolombe XIV, 139—147; Laurent, X, 600 и XI, 47—53, Acollas, II —146—148.

Digitized by Google

Указанныя статьи возбуждаютъ еще и другой, порождающій разногласіе, вопросъ, а именно: если по смерти незаконнаго дитяти его нисходящіе получаютъ отъ своего дѣда или бабки болѣе того, на что они, въ силу наслѣдованія по закону, имѣютъ право, подлежитъ ли урѣзкѣ полученное, или не подлежитъ, т. е. подчиняются ли они тѣмъ же правиламъ, что и самъ незаконнорожденный, или нѣтъ? Два мнѣнія.

I-ое мнѣніе: не подчиняются.

Во 1-хъ, потому, что способность получать по дару или по завѣщанію есть общее правило, неспособность же есть исключеніе; но на это исключеніе текстъ закона не указываетъ.

Во 2-хъ, потому, что ни статьей 759, ни статьей 760 нельзя оправдать такой неспособности [1]).

II-ое мнѣніе—подчиняются.

1) Статья 759 и 760 даютъ нисходящимъ незаконнорожденнаго лишь тѣ права, которыя предоставлены ему самому.

2) Противоположная система приводитъ къ несообразности: по ней нисходящіе незаконнорожденнаго могли бы, отказавшись отъ наслѣдства, не только получить все подаренное ихъ дѣдомъ или бабкой, какъ бы оно велико ни было, но и получить все по статьѣ 759, освобождаясь отъ взноса, предписаннаго статьей 760 [2]).

Второе мнѣніе господствующее. Дѣйствительно, нельзя не отдать ему преимущества; оно имѣетъ за себя и букву закона въ статьяхъ 759 и 760, и духъ его въ томъ смыслѣ, что французскій кодексъ строго преслѣдуетъ цѣль—съуживать, а не расширять права лицъ, коль скоро эти права основаны на незаконномъ рожденіи.

Мы видѣли, что незаконное дитя имѣетъ право на точно опредѣленную мѣрой законную долю наслѣдства своихъ родителей. Законъ указываетъ намъ случай, когда можетъ быть сдѣлано уменьшеніе этой мѣры, и когда тѣмъ не менѣе права незаконнорожденныхъ не считаются нарушенными. Вотъ какъ говоритъ объ этомъ статья 761. Всякое притязаніе незаконнорожденнаго на наслѣдство его родителей не принимается въ соображеніе, если первый при жизни послѣднихъ, получилъ половину того, что ему предоставлено предшествующими статьями; только, со стороны родителей, должно быть ясно указано, что они намѣрены выдѣленной долей огра-

[1]) Massé et Vergé sur Zachariae, t. III, p. 240.

[2]) Demolombe, XIV, 149—152;—Acollas, II, 149;—Marcadé, III. 405.

Digitized by Google

ничить права дитяти на ихъ имущество. Въ случаѣ бы эта доля оказалась меньше $^1/_2$ того, что дитя должно получить, то оно можетъ требовать дополненія до половины.

Цѣль этого закона двоякая: во первыхъ, устранить въ лицѣ незаконнаго дитяти ненавистнаго для законныхъ родственниковъ участника въ раздѣлѣ наслѣдства, а во вторыхъ, дать родителямъ возможность удерживать своихъ незаконныхъ дѣтей въ обязанностяхъ сыновняго почтенія, имѣя въ своихъ рукахъ право по произволу уменьшать даже опредѣленный закономъ minimum наслѣдственныхъ правъ незаконныхъ дѣтей. Такъ объясняли эти цѣли ораторы трибуната [1]). Но если цѣли и были высказаны ясно, зато статья редактирована далеко не ясно, и вотъ возникаетъ существенное недоумѣніе.

Во первыхъ. Это право родителей уменьшать законную долю—есть ли оно безусловное, неограничиваемое волей дѣтей, или, напротивъ, безъ согласія дѣтей оно недѣйствительно.

Одни говорятъ—безусловное, по слѣдующимъ соображеніямъ.

1) Подготовительныя работы на это указываютъ.

2) Дать волѣ дитяти рѣшающее значеніе, значитъ сдѣлать власть родителей въ семъ случаѣ совсѣмъ фиктивной.

3) Текстъ закона надѣляетъ родителей властью неограниченной [2]). Другіе, напротивъ, утверждаютъ, что статья можетъ имѣть практическое дѣйствіе лишь тогда, когда предложеніе родителей принято дѣтьми.

1) Законъ говоритъ о незаконныхъ дѣтяхъ, что онѣ *получаютъ* $^1/_2$ того.... (lorsqu'ils ont recu). Но каковъ же способъ этого полученія. Конечно, дарственный; для совершенія же дара необходимо согласіе одаряемаго.

2) Статья, и при согласіи дѣтей на дѣйствіе ея, не остается фиктивной. Для дѣтей можетъ быть часто расчетъ согласиться на половинную долю, чтобы воспользоваться, хотя и частью ожидаемаго наслѣдства, но зато еще при жизни родителей [3]).

Кто же правъ? Справедливо, говоритъ Аколла, [4]) что вопросъ представляется неразрѣшимымъ, если имѣть въ виду мысль законодателя.

---

[1]) Laurent, IX, 158.

[2]) Massé et Vergé sur Zachariae, T. II, 279, Cadrés, 257, 258.

[3]) Demolombe, XIV, 172, 180;--Laurent, IX, 159--161;—Marcade, III, 116, 117.

[4]) II, 159.

Digitized by Google

Съ одной стороны, видимо, что законъ далеко не хотѣлъ облагодѣтельствовать этой статьей незаконнорожденныхъ, а съ другой, чтобы оправдать юридически переходъ къ нимъ собственности, надо допустить ихъ согласіе. Во вторыхъ. Половина, о которой идетъ рѣчь въ статьѣ 761, есть ли половина наслѣдственныхъ правъ незаконнорожденнаго (portion héréditaire), или же половина только его законной доли (réserve). Между цивилистами разногласіе. Одни говорятъ, что это—половина законной доли и представляютъ въ доказательство такія соображенія:

1) Текстъ закона—la moitié de ce qui devrait revenir à l'enfant naturel—указываетъ на réserve, а не на наслѣдственную долю вообще.

2) Если допустить противное мнѣніе, то родители, которые бы распорядились всей свободной долей ихъ имущества (disponible quotité) не могли бы воспользоваться правами, предоставленными имъ статьей 761 [1]).

Другіе, напротивъ, того мнѣнія, что въ статьяхъ рѣчь о половинѣ наслѣдственной доли:

1) Въ текстѣ статьи говорится о половинѣ того, что принадлежитъ дѣтямъ по предшествующимъ статьямъ—(la moitié de ce qui leur est attribué par les articles précedents), но въ предшествующихъ статьяхъ (757, 758) упоминается о наслѣдственной долѣ, а не о законной только.

2) Въ главѣ о наслѣдованіи по закону законодатель имѣлъ въ виду всегда переходъ всего наслѣдства (universum jus, quod defunctus habuerit).

3) Было бы слишкомъ большою жестокостью обрѣзывать два раза права незаконнорожденныхъ.

Второе мнѣніе преобладающее среди французскихъ цивилистовъ [2]).

Французскій кодексъ даетъ спеціальныя постановленія не только относительно порядка наслѣдованія незаконнорожденнаго, но и относительно *лицъ, призываемыхъ къ наслѣдованію послѣ незаконнорожденнаго.*

Разсмотримъ, въ какомъ же порядкѣ наслѣдуютъ эти послѣднія.

Здѣсь прежде всего надо различать два случая: дитя можетъ быть не признано своими родителями, или можетъ быть признано ими.

---

[1]) Massé et Vergé sur Zachariae, T. II, p. 279.

[2]) Demolombe, XIV, 185--188;—Laurent, IX, 167;—Marcadé, III, 114—116;—Acollas, II, 154, 155.

Digitized by Google

Непризнаніе дитяти есть фактъ, поражающій права его лично, но не права, которыя оно можетъ дать другимъ. Поэтому наслѣдственный переходъ имущества возможенъ и послѣ не признаннаго дитяти. Согласно общимъ правиламъ кодекса, наслѣдниками, послѣ *не признаннаго дитяти* будутъ:

1) Его нисходящіе: законные, узаконенные или усыновленные; его незаконныя признанныя дѣти и нисходящіе ихъ—законные или узаконенные [1]).

2) За отсутствіемъ сихъ лицъ—супругъ [2]).

3) За отсутствіемъ супруга—государство [3]).

Кругъ лицъ, призываемыхъ къ наслѣдованію послѣ незаконнаго *признаннаго дитяти* значительно шире. Онъ опредѣляется слѣдующими правилами. Согласно статьѣ 765, къ наслѣдованію послѣ незаконнорожденнаго признаннаго призывается прежде всего его *потомство*. Оно составляетъ первый классъ наслѣдниковъ. Потомство въ данномъ случаѣ понимается не только законное, но и незаконное. Это мнѣніе общее. Конечно, при совмѣстной конкуренціи законныхъ потомковъ съ незаконными, первые имѣютъ преимущественное право, согласно общей 757 статьѣ, но, при отсутствіи законныхъ нисходящихъ, преимущественное право предъ боковыми родственниками имѣютъ уже незаконныя дѣти незаконнорожденнаго.

Второй классъ наслѣдниковъ составляютъ *родители* незаконнорожденнаго—оба, если оба признали незаконнорожденнаго, одинъ—если одинъ призналъ его. Если бы до открытія наслѣдства одинъ изъ признавшихъ незаконнорожденнаго родителей умеръ, то наслѣдство достанется пережившему не въ $^1/_2$ только, а въ цѣломъ, такъ какъ статья опредѣляетъ дальнѣйшій переходъ имущества en cas de prédécés des père et *mère*. Такимъ образомъ, мы видимъ, что въ наслѣдованіи иррегулярномъ законодатель руководствуется другими правилами, чѣмъ при наслѣдованіи регулярномъ. А именно: въ иррегулярномъ наслѣдованіи незаконные братья и сестры умершаго не конкурируютъ съ его родителями, какъ при регулярномъ наслѣдованіи, а совсѣмъ ими

---

[1]) Art. 745.

[2]) Art. 767.

[3]) Art. 768.

Digitized by Google

устраняются. Причина этого отступленія отъ правила заключается въ чувствахъ привязанности, которыхъ предполагается въ незаконнорожденномъ больше по отношенію къ своимъ родителямъ, нежели по отношенію къ незаконнымъ братьямъ и сестрамъ, которыхъ, какъ справедливо замѣчаетъ Лоранъ, наслѣдодатель можетъ совсѣмъ и не знать.

Дальнѣйшій наслѣдственный переходъ имущества незаконнорожденнаго опредѣляется слѣдующимъ образомъ. Въ случаѣ смерти отца или матери незаконнорожденнаго, имущество, которое ему досталось отъ нихъ переходитъ къ его законнымъ *братьямъ и сестрамъ* (вѣрнѣе было бы сказать къ законнымъ дѣтямъ того же отца или матери, такъ какъ незаконнорожденный не имѣетъ законныхъ братьевъ и сестеръ). Все остальное имущество идетъ къ незаконнымъ братьямъ и сестрамъ или къ ихъ нисходящимъ [1]). Такимъ образомъ, переходъ имущества въ разсматриваемомъ случаѣ двоится, смотря по происхожденію его. Все, доставшееся незаконнорожденному отъ родителей, идетъ къ ихъ потомству, все, пріобрѣтенное или дошедшее къ незаконнорожденному не отъ родителей, поступаетъ къ его незаконнымъ братьямъ и сестрамъ. Такое распредѣленіе имущества основывается на слѣдующихъ соображеніяхъ.

Переходъ имущества родителей къ ихъ законнымъ дѣтямъ есть вознагражденіе послѣднихъ за ту потерю наслѣдственнаго имущества, которую онѣ понесли, вслѣдствіе отдачи части родительскаго достоянія ихъ незаконному брату или сестрѣ. Исключеніе же законныхъ братьевъ и сестеръ изъ наслѣдованія въ остальномъ имуществѣ основано на томъ, что они пользуются всѣми выгодами законнорожденности, которыя недоступны для ихъ незаконнорожденныхъ братьевъ и сестеръ.

Переходъ имущества незаконнаго дитяти къ его незаконнымъ братьямъ и сестрамъ возбуждаетъ слѣдующій вопросъ. Если между братьями и сестрами есть неполнородныя, дѣлится ли тогда наслѣдство на двѣ части, какъ и при обыкновенномъ порядкѣ наслѣдованія, а, слѣдовательно, получаетъ ли каждый неполнородный лишь изъ той линіи, къ которой онъ принадлежитъ, или же дѣлежъ бываетъ просто поголовный. Одни за дѣлежъ по линіямъ, другіе за поголовный. Первые представляютъ такія доказательства:

---

[1]) Art. 766.

Digitized by Google

1) Проектъ закона былъ составленъ въ смыслѣ полинейнаго раздѣла.

2) Раціонально двойной родственной связи дать и двойныя наслѣдственныя права, какъ то практикуется при регулярномъ наслѣдованіи [1]).

Защитники поголовнаго раздѣла разсуждаютъ такъ:

1) Статья 733, говорящая о раздѣлѣ по линіямъ, относится къ регулярному наслѣдованію.

2) Аналогическое примѣненіе здѣсь не мыслимо, такъ какъ основа полинейнаго раздѣла есть семья, которой незаконнорожденный не имѣетъ [2]).

Съ этимъ вторымъ мнѣніемъ надо согласиться, такъ какъ оно подтверждается и текстомъ закона, и общимъ положеніемъ незаконнорожденнаго во французскомъ законодательствѣ.

За недостаткомъ братьевъ и сестеръ и ихъ нисходящихъ, имущество незаконнорожденнаго переходитъ къ его *супругу*, а за недостаткомъ и сего послѣдняго—*къ государству* [3]).

Въ заключеніе скажемъ нѣсколько словъ о наслѣдованіи дѣтей отъ *прелюбодѣянія* и *кровосмѣшенія*. Сами онѣ никакихъ наслѣдственныхъ правъ не имѣютъ. Законъ даетъ имъ лишь право на алименты. О порядкѣ наслѣдованія послѣ нихъ законъ умалчиваетъ. Слѣдовательно, этотъ порядокъ долженъ быть опредѣленъ на основаніи общихъ принциповъ.

Согласно этимъ принципамъ, къ наслѣдованію послѣ дитяти отъ прелюбодѣянія или кровосмѣшенія должны быть призваны прежде всего его *дѣти*—законныя или незаконныя; причемъ незаконныя пользуются равными съ законными дѣтьми правами, лишь при отсутствіи послѣднихъ; вмѣстѣ же съ законными незаконнорожденныя получаютъ $^1|_3$ доли законныхъ. Дѣтьми и исчерпывается de jure кругъ родственниковъ у дѣтей отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія, такъ какъ, согласно статьѣ 335 и 342, связь ихъ съ родителями отрицается, а вмѣстѣ съ тѣмъ не можетъ быть и рѣчи о родствѣ съ боковыми линіями. Поэтому, за отсутствіемъ нисходящихъ, имущество дѣтей отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія

---

[1]) Massé et Vergé, t. II, p. 381.

[2]) Laurent, IX, 178, 179;—Demolombe, XIV, 242—245.

[3]) Art, 769, 767, 768.

Digitized by Google

переходитъ къ пережившему *супругу*, а если его нѣтъ, то къ *государству* [1]).

Узаконеніе (*légitimation*).

Дѣйствующій французскій кодексъ знаетъ только одинъ видъ узаконенія—узаконеніе чрезъ послѣдующій бракъ (légitimation par mariage subsequent). Мы изложимъ постановленія объ этомъ институтѣ въ такомъ порядкѣ. О лицахъ узаконяемыхъ, объ условіяхъ и формѣ узаконенія, о дѣйствіи узаконенія.

Итакъ сначала—*кто можетъ быть узаконяемъ.* На этотъ вопросъ мы находимъ отвѣтъ въ статьѣ 331. Она говоритъ узаконяемы могутъ быть всѣ незаконнорожденныя дѣти, кромѣ происшедшихъ отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія. Кто считается незаконнорожденнымъ по французскому кодексу, объ этомъ мы въ своемъ мѣстѣ говорили· Остается опредѣлить какихъ дѣтей разумѣетъ статья подъ названіемъ происшедшихъ отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія, точнѣе, какимъ моментомъ опредѣляется прелюбодѣяніе и кровосмѣшеніе: зачатіемъ ли, или рожденіемъ дитяти? Согласно тексту статьи, говорящему о дѣтяхъ, nés d'un commerce adulterin ou incestueux, надо думать, что рѣшающимъ моментомъ должно быть зачатіе, а не рожденіе дитяти. Слѣдовательно, если, во время зачатія дитяти, родители были свободны отъ брака, дитя не будетъ, adulterin, хотя бы въ моментъ рожденія, его одинъ изъ родителей и былъ бы въ бракѣ съ другимъ лицемъ.

Такимъ образомъ, опредѣленіе adulterin не представляетъ затрудненія. Сомнѣніе возникаетъ, при установленіи понятія incestueux, и вотъ по какому случаю. Если дитя родится отъ двухъ лицъ, которыя, по близости родства или свойства, не могли вступить въ бракъ, и если потомъ эти лица, съ разрѣшенія подлежащей власти, заключатъ между собой бракъ, узаконяется ли такое дитя послѣдующимъ бракомъ своихъ родителей, или нѣтъ. Между цивилистами полное разногласіе въ мнѣніяхъ. Одни за утвердительное, другіе за отрицательное рѣшеніе вопроса.

Доказательства первыхъ слѣдующія:

1) Вопросъ рѣшается въ утвердительномъ смыслѣ каноническимъ правомъ. Разрѣшеніе имѣетъ обратную силу, уничтожающую

---

[1]) Demolombe, XIV, 214 248;—Laurent, IX, 173—182;—Marcadé III, 126—137;--Acollas, II, 162;—171;—Cadrès 271—280.

Digitized by Google

препятствія къ браку, а бракъ всегда считается существовавшимъ въ желаніи родителей.

2) Кодексъ не опредѣляетъ, что́ онъ понимаетъ подъ кровосмѣшеніемъ. Нельзя подвести подъ это понятіе разсматриваемый случай.

3) Гумманность, мораль и самые возвышенные интересы общественнаго порядка требуютъ рѣшенія вопроса въ положительномъ смыслѣ. При противоположной теоріи, могутъ оказаться на практикѣ поразительные по несправедливости примѣры. Въ одной семьѣ могутъ очутиться дѣти, неимѣющія права даже на алименты, и дѣти, пользующіяся всѣми преимуществами законнорожденности [1]).

Защитники отрицательнаго вопроса рѣшенія приводятъ слѣдующія доказательства.

1) Ст. 331 говоритъ, что дѣти отъ кровосмѣшенія не могутъ быть узаконяемы послѣдующимъ бракомъ ихъ родителей. Слѣдовательно, здѣсь рѣчь о кровосмѣшеніи, допускающемъ возможность брака, а такой случай относится только къ кровосмѣшенію въ степеняхъ, дозволяющихъ разрѣшеніе (dispence). Допустить примѣненіе статьи во всѣхъ случаяхъ кровосмѣшенія значило бы прійтти къ абсурду, такъ какъ это значило бы позволить бракъ между самыми близкими родственниками, напримѣръ, между отцомъ и дочерью.

2) Статья 335 запрещаетъ признаніе дѣтей отъ кровосмѣшенія, а признаніе есть непремѣнное условіе узаконенія. Слѣдовательно, гдѣ нѣтъ мѣста признанію, тамъ не можетъ быть мѣста и узаконенію [2]).

Первая система болѣе справедлива, но, къ сожалѣнію, вторая а не первая законна. Статья 331 представляетъ изъ себя, дѣйствительно, неоспоримое доказательство, что мысль законодателя за отрицательное рѣшеніе вопроса.

Узаконеніе послѣдующимъ бракомъ можетъ имѣть мѣсто не только въ пользу самаго незаконнорожденнаго, но и его законныхъ нисходящихъ, если самъ онъ умеръ до брака своихъ родителей [3]). Этимъ узаконеніемъ нисходящіе незаконнорожденнаго пріобрѣтаютъ право внуковъ въ отношеніи родителей послѣдняго.

---

1) См. у Демоломба, V, 371—376.

2) Demolombe, V, 376—383;—Laurent, IV, 250—260;—Acollas, I, 328—330; Cadrès, 407—412;—Marcadé, II, 44—45.

3) Art. 332

Digitized by Google

Перейдемъ теперь къ *условіямъ узаконенія*. Узаконеніе своимъ непремѣннымъ условіемъ ставитъ признаніе. Подъ признаніемъ надо понимать не только добровольное признаніе дитяти, но и судебное. Существенно не форма признанія, а время, когда оно сдѣлано; именно: признаніе должно быть сдѣлано до брака или въ актѣ о бракѣ. Это ограниченіе признанія временемъ установлено съ тою цѣлью, чтобы не оставлять семью въ неизвѣстности, чтобы кто нибудь, 30 лѣтъ спустя послѣ заключенія брака, не явился бы съ претензіей на принадлежность къ семьѣ. Если признаніе было, то узаконеніе наступаетъ уже ipso jure, безъ участія воли родителей и дитяти. Послѣднее, конечно, всегда можетъ оспаривать признаніе, а вмѣстѣ съ тѣмъ и узаконеніе.

Что касается *дѣйствія* узаконенія, то оно заключается въ приравненіи незаконныхъ дѣтей къ законнымъ. (ст. 333). Приравненіе это начинается, впрочемъ, не съ момента рожденія дѣтей, а съ момента узаконенія, т. е. брака ихъ родителей. Поэтому узаконенныя послѣдующимъ бракомъ не будутъ имѣть права на наслѣдство, открывшееся до этого брака [1]).

---

1) Demolombe, V, 362—394; Laurent, IV, 240—270; Acollas I, 328—332; Marcadé II—42—48; Cadrès 397—413.

Digitized by Google

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

Критическое обозрѣніе саксонскаго и французскаго законодательствъ.

Итакъ вотъ предъ нами два законодательства, двѣ системы, два принципа, діаметрально противоположно рѣшающіе вопросъ о незаконнорожденныхъ. По одному законодательству (саксонскому) незаконное дитя, хотя и не входитъ въ семью отца, но тѣмъ не менѣе связано съ нимъ извѣстными правами и обязанностями и, для осуществленія этихъ правъ можетъ, при отсутствіи добровольнаго признанія его отцомъ, заставить послѣдняго судомъ заявить о своемъ отчествѣ. По второму законодательству (французскому) ipso jure нѣтъ никакой связи между отцомъ и его незаконнымъ дитятею. Юридически одинъ для другаго не существуютъ. Только, когда отецъ захочетъ самъ признать свое отчество, законъ санкціонируетъ послѣднее и заключаетъ его въ опредѣленныя нормы. Безъ этого не только не мыслимы какія либо юридическія отношенія между отцомъ и его незаконнымъ сыномъ или дочерью, но даже болѣе того—самое доказательство происхожденія послѣднихъ отъ перваго воспрещается. Мы видѣли развитіе этихъ принциповъ, при изученіи изложенныхъ выше законодательствъ; мы видѣли, къ какимъ практическимъ послѣдствіямъ они приводятъ. Теперь мы займемся задачей чисто теоритическаго характера—задачей о томъ, которое изъ двухъ законодательствъ разумнѣе относится къ рѣшенію вопроса о незаконнорожденныхъ, и вообще какой способъ рѣшенія этого вопроса надо признать болѣе раціональнымъ. Для того, чтобы отвѣтить на это, мы разсмотримъ, во первыхъ, тѣ доказательства, которыя могутъ быть приведены въ пользу принципа каждаго изъ законодательствъ, во вторыхъ, ознакомимся со взглядомъ ученыхъ на этотъ вопросъ, въ

Digitized by Google

третьихъ, укажемъ на недостатки текста одного и другаго законодательства; и, въ четвертыхъ, выведемъ на основаніи всего сказаннаго заключеніе.

Итакъ начнемъ съ оцѣнки принциповъ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Критика принциповъ Paternität'a и Maternität'a.

Осматриваясь назадъ въ исторію, мы видимъ одинъ неизмѣнный фактъ. Тогда какъ въ старину почти, а иногда и совсѣмъ, не было различія между законными и незаконными дѣтьми, съ того времени, какъ успѣхи человѣчества на пути цивилизаціи обозначились явственно, это различіе не переставало и не перестаетъ существовать. Этотъ фактъ не случайный. Онъ имѣетъ глубокій смыслъ и крѣпкія основы. Современная намъ культура признаетъ бракъ, въ его строгой моногамической формѣ, единственнымъ, достойнымъ человѣка способомъ сожительства мужчины и женщины. Въ этомъ воззрѣніи на бракъ согласны всѣ законодательства: какъ тѣ, которыя, вслѣдъ за церковью, возводятъ его на высокій пьедесталъ таинства, такъ и тѣ, которыя, подъ вліяніемъ борьбы съ церковью, низводятъ его на ступень простаго гражданскаго договора. Всѣ согласны, что бракъ—единственная основа семьи, и что, въ этомъ смыслѣ, онъ есть одинъ изъ важнѣйшихъ институтовъ гражданской жизни, и что поэтому охрана, защита, покровительство браку есть первая и священная обязанность законодателя. Отсюда неодобреніе, а иногда и прямое преслѣдованіе (какъ, напр., у насъ) сожительствъ внѣбрачныхъ. Отсюда неблагопріятное отношеніе ко всѣмъ дѣтямъ, рождающимся внѣ брака или съ его нарушеніемъ, т. е. къ такъ называемымъ незаконнымъ или незаконнорожденнымъ дѣтямъ. Итакъ, вотъ гдѣ причина десятками вѣковъ закрѣпленнаго неравенства незаконныхъ и законныхъ дѣтей. Законъ смотрѣлъ и смотритъ на первыхъ, какъ на лицъ, происшедшихъ отъ нарушенія того института, который онъ положилъ во главу угла соціальной жизни, и который долженъ быть, слѣдовательно, предметомъ его особыхъ попеченій. Законъ думаетъ, что поставить незаконныхъ дѣтей на одинъ уровень съ законными, значитъ умалить значеніе брака, значитъ сравнить его съ конкубинатомъ.

Такимъ образомъ, всѣ законодательства согласны, что при-

Digitized by Google

равненіе незаконныхъ дѣтей къ законнымъ не мыслимо [1]). Но не всѣ согласны относительно самой мѣры неравенства. Одни это неравенство доводятъ до полнаго лишенія незаконнаго дитяти правъ, до отказа ему даже въ минимумѣ этихъ правъ—въ правѣ на содержаніе. Другіе, хотя тоже не надѣляютъ его семейными правами, но гарантируютъ ему, по крайней мѣрѣ, этотъ минимумъ. Вмѣстѣ съ симъ законодательства первой системы отрицаютъ всякую юридическую связь между незаконнорожденнымъ и его отцомъ, и даже воспрещаютъ доказывать эту связь, признавая, такимъ образомъ, de jure связь его только съ матерью; законодательства же второй системы, давая незаконнорожденному право требовать содержанія отъ своего незаконнаго отца, eo ipso даютъ и ему право розыскивать послѣдняго.

Между этими двумя противоположностями, которыя въ наукѣ носятъ техническое названіе принциповъ—Maternität'a и Paternität'a, и двигаются современныя законодательства Европы, не опускаясь ниже (по правдѣ сказать, и трудно опуститься ниже, не жертвуя самыми скромными требованіями человѣчности), но и не подымаясь выше. Спрашивается теперь, которая же изъ этихъ двухъ законодательныхъ системъ выдерживаетъ критику и которая достойна подражанія. Этотъ вопросъ имѣетъ тѣмъ большую важность для насъ, что въ нашемъ отечествѣ въ законодательныхъ сферахъ уже давно возникли намѣренія пересмотрѣть постановленія X тома о незаконнорожденныхъ. Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, мы посмотримъ сначала, какія соображенія говорятъ за принципъ Paternität'a, а потомъ какія приводятся противъ него и, слѣдовательно, въ пользу принципа Maternität'a.

Принципъ Paternität'a имѣетъ за собою требованія справедливости, находитъ оправданіе въ правѣ и удовлетворяетъ правиламъ разумной законодательной политики.

Отрицаніе связи между незаконнорожденнымъ и его отцемъ и отказъ первому въ алиментахъ отъ послѣдняго — есть величайшая, ничѣмъ не оправдываемая, *несправедливость*. Связь между родителями и

---

[1]) Существовавшее во время французской революціи приравненіе незаконнорожденныхъ къ законнорожденнымъ было однимъ изъ фантастическихъ проявленій этого, во многихъ другихъ отношеніяхъ благодѣтельнаго для человѣчества, переворота, и, во всякомъ случаѣ, оно было лишь кратковременнымъ.

Digitized by Google

дѣтьми устанавливается самой природой, и дѣло законодателя не отрицать эту связь, а упрочивать ее. Право дитяти на прокормленіе его родителями есть прямое слѣдствіе этой связи. Это то право, которому по глубокомысленному выраженію Ульпіана, natura omnia animalia edocuit. Съ другой стороны, отнятіе у незаконнаго дитяти права на алименты отъ отца есть ничѣмъ невознаградимое для этого дитяти лишеніе. По большей части, случаи незаконнаго рожденія встрѣчаются среди малоимущаго класса. Въ этомъ классѣ обыкновенно мужчина, какъ болѣе цѣнная рабочая сила, доставляетъ семьѣ средства къ существованію. Но, если законъ предупредительно освобождаетъ отца отъ обязанности доставлять средства незаконнорожденному, то, спрашивается, кто ему ихъ доставитъ. Мать?—но она часто и сама не располагаетъ ими; добыть же ихъ ей, по сейчасъ указанной причинѣ, тоже весьма трудно. Но говорятъ, если у родителей средствъ нѣтъ — ихъ дастъ община. Откуда средства ни идутъ—это все равно: лишь бы онѣ были. На это превосходно отвѣтилъ Іерингъ въ съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ „прекрасно, говоритъ онъ, тогда я скажу своему старику отцу, отказывая ему въ алиментахъ: ступай, проси чтобы тебя приняли въ домъ бѣдныхъ, община заплотитъ; это, вѣдь, все равно. Нѣтъ, мм. гг., не все равно откуда мать и дитя получаютъ алименты; не все равно на какомъ основаніи и по какимъ соображеніямъ, онѣ ихъ получаютъ—даетъ ли алименты коммуна, какъ милостыню, въ чемъ она обыкновенно отказываетъ, или же на основаніи законныхъ причинъ, т. е. иска объ отчествѣ“ [1]).

Да, не все равно принципіально откуда получаютъ содержаніе дѣти, не все равно и по практическимъ результатамъ. Мы увидимъ ниже, какъ воспитываютъ незаконнорожденныхъ, такъ называемые воспитательные дома. Цыфры насъ поучатъ, что эти государственныя кормилицы мало бы доставили государству рекрутъ, если бы оно вздумало расчитывать на питомцевъ воспитательныхъ домовъ. Смерть уноситъ этихъ несчастныхъ больше половины еще въ младенческіе годы, и изрядное число ихъ умираетъ и потомъ, а оставшіеся, большею частью, выходятъ сомнительными гражданами. Да, какъ ни мало податлива рука отца, даже судомъ обязаннаго кормить своего ребенка, но все-таки, этотъ кормъ оказывается болѣе благодѣтельнымъ, чѣмъ содержимыя государствомъ дѣтскія.

1) Verhandlungen des Vierten Deutschen Juristentages. B. II. S. 139.

Digitized by Google

Точно также *несправедлива* эта система и *по отношенію къ матери.* Оба родителя—виновники рожденія незаконнаго дитяти, слѣдовательно, оба должны нести и послѣдствія своей вины, т. е. оба, а не одинъ только, должны участвовать въ доставленіи алиментовъ незаконнорожденному. Поэтому тягости содержанія дитяти должны въ такой же мѣрѣ лежать на незаконномъ отцѣ, какъ и на матери, и не только въ такой же, но и въ большей мѣрѣ, такъ какъ, въ большинствѣ случаевъ, какъ мы указывали, мать или вовсе не обладаетъ средствами, или обладаетъ ими лишь въ ограниченномъ количествѣ.

Но принципъ Paternität'а оправдывается не только требованіями справедливости, но и *требованіями права.* Основная аксіома права—что всякій долженъ нести отвѣтственность за послѣдствія совершеннаго имъ факта. Рожденіе незаконнаго дитяти есть фактъ, виновникомъ котораго былъ отецъ. Слѣдовательно, на него должна быть возложена и отвѣтственность за послѣдствія этого факта, т. е., въ числѣ прочаго, и алиментированіе незаконнорожденнаго. Но возражаютъ, хотя отвѣтственность должна, дѣйствительно, пасть на виновника, но, такъ какъ этого виновника опредѣлить нельзя, то и о самой отвѣтсвенности не можетъ быть рѣчи.

Дѣло въ томъ, продолжаютъ защитники этого мнѣнія, что вопросъ о виновности связанъ съ вопросомъ объ отчествѣ, а опредѣлить отчество незаконнорожденнаго не возможно, такъ какъ оно предполагаетъ доказательство не только сожительства привлекаемаго ко взысканію мужчины съ матерью незаконнаго дитяти въ концепціонный срокъ, но еще и исключительность этого сожительства, т. е., что никто другой, кромѣ него, въ разсматриваемый срокъ, съ матерью не сожительствовалъ, чего, какъ извѣстно, доказать нельзя.

Возраженія эти имѣютъ однако только кажущуюся убѣдительность. Во первыхъ, доказательство незаконнаго отчества, даже прямое, не абсолютно не возможно. Таковы случаи, если мать, послѣ доказаннаго сожительства съ мужчиной, или была арестована или тяжко заболѣла. Но и помимо этихъ случаевъ, искъ объ отчествѣ не такъ безнадеженъ, какъ думаютъ противники его. Если, дѣйствительно, и нельзя доказать исключительность сожительства женщины съ мужчиной, то въ такомъ доказательствѣ и нѣтъ надобности, съ точки зрѣнія общепрактикуемой системы доказательствъ. Если доказано что А имѣлъ половое сношеніе съ В въ „критическій" періодъ, и если А не представилъ доказа-

Digitized by Google

тельство, что В, кромѣ него, имѣла половой актъ еще и съ другими мужчинами, то этого и достаточно, чтобы А признать отцемъ дитяти. Возразятъ, что это одна лишь возможность отчества, а не дѣйствительное отчество, но развѣ не такой лишь одной возможностью довольствуется законъ, при рожденіи въ бракѣ; развѣ тамъ требуется доказательство исключительности. Развѣ не нашелъ бы всякій страннымъ требованіе—что законнорожденность дитяти, прижитаго въ бракѣ, надо считать несомнѣнной только тогда, когда будетъ доказано, что жена не только сожительствовала съ мужемъ въ концепціонный срокъ, но и что никто другой въ этотъ срокъ съ нею не сожительствовалъ. Развѣ здѣсь законъ не удовлетворяется также однимъ лишь предположеніемъ, тогда какъ здѣсь уже рѣчь не объ однихъ только алиментарныхъ долгахъ, а о правахъ состоянія—о полныхъ личныхъ и имущественныхъ правахъ дитяти. Можно отвѣтить, что такое предположеніе поддерживается довѣріемъ, котораго заслуживаютъ женщины, живущія въ бракѣ. Но если законъ и долженъ оказывать полное довѣріе замужнимъ женщинамъ, отчего же онъ долженъ оказывать полное недовѣріе незамужнимъ. Отчего, если А имѣла сношеніе съ В, предполагать непремѣнно еще, что она имѣла также и съ С и Д. Вѣдь не предполагаютъ же, по мѣткому замѣчанію Buengner'a[1]), что, если кто нибудь укралъ разъ, что онъ уже совершилъ нѣсколько кражъ, или что судимый за убійство одного есть убійца многихъ.

Къ сказанному можно еще прибавить, что если допустить даже, что на практикѣ могутъ встрѣтиться случаи, гдѣ, повидимому, доказательство отчества, вслѣдствіи того, напримѣръ, что сожительство имѣло характеръ не постоянный, а временный, окажется затруднительнымъ, то сколько зато бываетъ и такихъ случаевъ, гдѣ мужчина съ женщиной живутъ, что называется, au grand jour, не скрываясь ни передъ сосѣдями, ни передъ знакомыми, живутъ многіе годы, приживаютъ дѣтей и потомъ, благодаря какому нибудь несчастному совпаденію обстоятельствъ, нарушается согласіе въ этой незаконной семьѣ, и затѣмъ мать высылается изъ дому, а вмѣстѣ съ ней и дѣтямъ указывается путь на всѣ четыре стороны. Неужели и здѣсь надо руководиться все той же неумолимой формулой—pater est quem nuptiae demonstrant; неужели и здѣсь можно сказать юридически—pater est

---

[1]) Zur Theorie und Prakxis der Alimentationspflicht, von R. Buengner. Leipzig. 1879.

Digitized by Google

incertus. Развѣ не въ правѣ будетъ въ подобномъ случаѣ всякій не юристъ воскликнуть summum jus—Summa injuria. Только слѣпое преклоненіе предъ авторитетомъ римскаго права могло привести законовѣдовъ къ неосновательному мнѣнію, что незаконный отецъ всегда неизвѣстенъ, и только этимъ можно объяснить освященіе именемъ права величайшей несправедливости.

Но принципъ Paternität'а оправдывается не только съ точки зрѣнія права, но и съ точки зрѣнія *законодательной политики*. Отъ него выигрываютъ интересы семьи, интересы общины и интересы всего государства.

Если *достоинство брака* страдаетъ отъ увеличенія случаевъ внѣбрачнаго сожительства, то всякая мѣра могущая ограничивать число этихъ случаевъ будетъ благодѣтельной для брака, а такой мѣрой можетъ быть, безъ сомнѣнія, наложеніе обязательства на незаконнаго отца давать содержаніе своему незаконному дитяти. Въ самомъ дѣлѣ, нерѣдко уже одна опасность огласки безпутной жизни можетъ служить средствомъ, обуздывающимъ животные инстинкты, въ особенности, если принять въ соображеніе, что для многихъ такая огласка равносильна съ потерею положенія въ обществѣ и даже имущественныхъ выгодъ.

Конечно, обязанность давать алименты и право розыска незаконнаго отца, не можетъ исправить господствующей въ обществѣ разнузданности нравовъ. Но нельзя сомнѣваться, что эти мѣры могутъ, всетаки, въ нѣкоторой степени ее умалять. Несомнѣнно одно, что отъ этого выиграютъ, въ концѣ концовъ, интересы дитяти. Для многихъ незаконныхъ отцевъ это послужитъ побудительной причиной, не дожидаясь судебнаго преслѣдованія, озаботиться, такъ или иначе, объ участи своего дитяти, а уже одна цѣль много говоритъ въ пользу принципа Paternität'а.

Интересъ *общины* говоритъ несомнѣнно въ пользу принципа розыска отца. Кто не знаетъ, какіе громадные расходы приходится нести общинѣ на воспитательные дома и къ какимъ, всетаки, печальнымъ результатамъ они приводятъ—по понятной, конечно, причинѣ, ибо никто не можетъ замѣнить родителей. Мы видѣли, что, при редактированіи саксонскаго законодательства, на убыточность для общинъ принципа Maternität'а указывали, какъ на одинъ изъ мотивовъ введенія дѣйствующей системы.

Еще большую и болѣе существенную выгоду будетъ имѣть принципъ Paternität'а для всей *государственной жизни*. Мы сейчасъ говорили, что онъ можетъ благодѣтельно повліять на уменьшеніе

Digitized by Google

распущенности въ обществѣ. Но онъ можетъ благотворно вліять еще на уменьшеніе нѣкоторыхъ преступленій. Законъ, запрещающій розыскъ, взваливаетъ всю тягость содержанія незаконнаго дитяти на мать. Мать же, въ большинствѣ случаевъ, оказывается малоимущей; это вводитъ ее въ состояніе отчаянія, и выхода изъ него она ищетъ или въ *изгнаніи плода* или въ *дѣтоубійствѣ*.

На сколько эти преступленія могутъ участиться, при господствѣ принципа, запрещающаго розыскъ, показываетъ Франція, гдѣ онѣ дошли до такихъ колоссальныхъ размѣровъ, что, по свидѣтельству одного французскаго ученаго, нѣкоторые съ ужасомъ спрашиваютъ: составляютъ ли изгнаніе плода и дѣтоубійство преступленія для извѣстной части населенія, и не стали ли онѣ только общественными привычками [1]).

Другой спеціалистъ по вопросу о незаконнорожденныхъ прямо относитъ учащенность случаевъ дѣтоубійства къ недостатку системы кодекса, говоря, что въ Швейцаріи и въ Германіи, гдѣ мать имѣетъ право звать къ суду обольстителя, требуя отъ него содержанія для себя и ребенка, онѣ гораздо рѣже [2]).

Мало того, эта система, въ связи съ вызываемыми ею преступленіями, ставитъ судъ въ ложное положеніе къ обществу. Присяжные, видя, что законъ своими постановленіями, до нѣкоторой степени, способствуетъ развитію преступленій изгнанія плода и дѣтоубійства, выносятъ оправданіе тамъ, гдѣ, по буквѣ закона, такому оправданію не должно бы давать мѣста.

Но это не всѣ несчастія, которыя влечетъ за собой система, запрещающая розыскъ. Она обрекаетъ массу дѣтей на смерть въ самомъ нѣжномъ возрастѣ. Нигдѣ не практикуется чаще *подкидываніе*, какъ въ странахъ, гдѣ запрещается розыскъ отца. Каковы послѣдствія этой мѣры—извѣстно. Очень часто смерть скорѣй приходитъ на помощь къ подкинутому, чѣмъ ожидаемый благодѣтель. Правда, что законодательства, отвергающія принципъ Paternität'а, заботятся обыкновенно о воспитательныхъ домахъ, но на сколько успѣшно эти воспитательные дома хоть выкармливаютъ, не говорю уже воспитываютъ не-

---

[1]) См. Ch. Jacquier, Des preuves et de la recherche de la paternité naturelle. Стр. 52.

[2]) M. Morelot. De la reconnaissance des enfants illegitimes, p. 270.

Digitized by Google

законнорожденныхъ, можно судить по тѣмъ эпитетамъ, которые къ нимъ иногда прилагаются—ихъ называютъ "гробами, въ которые сваливаютъ дѣтей до переноса ихъ на кладбище" или „домами смерти". Дѣйствительно, цифры смертности въ этихъ домахъ ужасны: такъ во французскихъ hospices, въ первомъ возрастѣ, въ 1821 году умирало 57,63 на 100, а въ періодъ времени отъ 1824—1833 даже 59,03 на 100, т. е. болѣе половины! Смертность же дѣтей въ различныхъ возрастахъ была въ 1824—1 на 7,83, а въ 1835 1 на 7,35 [1]).

Цифры говорятъ сами за себя. На значеніе ихъ въ вопросѣ Paternität'а мы указывали выше. Наконецъ, тѣ незаконнорожденныя, крѣпкій организмъ которыхъ вынесетъ всѣ невзгоды дѣтсва, представляютъ изъ себя несчастный и даже вредный классъ народонаселенія: они даютъ самый большой процентъ кандидатовъ сначала въ колоніи малолѣтнихъ преступниковъ, а потомъ въ тюрьмы; онѣ наконецъ, являются тѣмъ классомъ бездомныхъ скитальцевъ, которые представляютъ изъ себя смѣсь нищаго съ бродягой [2]).

Если одинъ изъ защитниковъ принципа Paternität'а въ съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ, увлекшись, проводилъ параллель между французскими соціалистами и статьей кодекса, запрещающей розыскъ, то, всетаки, онъ сказалъ значительную долю правды, въ томъ смыслѣ, что изъ незаконнорожденныхъ, главнымъ образомъ, рекрутируется тотъ классъ искателей приключеній, которые мало думаютъ о принципѣ, а много о голодѣ, и которые готовы пойти за вожакомъ всякой партіи, если только онъ ихъ накормитъ сытно.

Государству тѣмъ большая настоитъ нужда заботиться о незаконнорожденныхъ, что онѣ обыкновенно составляютъ далеко не малый процентъ народонаселенія. Такъ въ *Пруссіи*.

въ 1867 г., на 921,798 всѣхъ родившихся
приходилось 75,962 незаконнорожденныхъ.

---

[1]) См. Acollas. Enfant né hors mariage, p. 150—151.

[2]) Je suis convaincu que si l'on recherchait l'origine de tant de jeunes vagabonds, qui se présentent fréquement dans les préfectures pour y obtenir de secours de route, c'est-à-dire le moyen d'errer en France sans but et sans espoir déterminé, il se trouverait qu'un fort grand nombre d'entre eux sont des enfants trouvés. См. Acollas. L'Enfant etc., p. 57.

Digitized by Google

— 1868 г. на 925,529—76,169 незаконнорожд.
— 1871 г. на 867,056—78,746 —
— 1872 г. на 1023,005—73,527, —

Такъ по Кольбу, [1]) по Веберу же % незаконнорожденныхъ въ промежутокъ времени отъ 1844—1853 колебался между 7,95% и 7,16% [2]).

Затѣмъ въ другихъ государствахъ Германіи:

Въ *Баваріи* процентъ незаконнорожденныхъ въ промежутокъ времени 18³⁵/₆₀ до 1872 былъ отъ 21,1% до 14,4% [3]).

Въ *Виртемберіѣ* въ періодъ времени 1851—52—12,37% [4]).

Въ *Саксоніи*: въ 1859 было на 93,393 законнорожденныхъ
14,377 незаконнорожденныхъ.
1860 — на 92,835—14,083, —
1863 — на 98,675—15,577, —
1867 — на 98,760—15,881. —

т. е. процентъ незаконнорожденныхъ равенъ среднимъ числомъ 15 [5]).

Въ *Вел. Герцогствѣ Баденскомъ*:

Въ 1833—42 было 14,9% незаконнорожденныхъ
— 1843—53 — 15,08% —
— 1853—55 болѣе 18% [6]). —

Въ *Австріи* процентъ незаконнорожденныхъ
въ 1751 г. былъ 8,73 —
— 1858 г. — 10,72 —
— 1864 г. — 11,68 —
— 1870 г. — 12,79 —

Во *Франціи* въ періодъ времени отъ 1858—60 года на приблизительно 1 милліонъ родившихся числилось незаконнорожденныхъ
въ 1858 г. 74,633 —
— 1859 г. 80,409 —
— 1860 г. 69,207 [7]).

---

[1]) См. G. Fr. Kolb. Handbuch der vergleichenden Statistik. S. 101.
[2]) См. Jost. Weber, стр. 205—244.
[3]) Kolb, стр. 193.
[4]) Jost. Weber, стр. 203.
[5]) Kolb, стр. 141.
[6]) Ibid. стр. 227.
[7]) Jacquier, стр. 63.

Digitized by Google

Вообще средній процентъ незаконнорожденныхъ во Франціи въ настоящее время есть 7 [1]).

Изъ нихъ цифры непризнанныхъ на 100 незаконнорожденныхъ вообще:

въ 1858—68, 57
— 1859—70, 40
— 1860—67, 50.

Таже пропорція удерживается и въ слѣдующіе два года [2]).

Въ *Италіи*.

въ 1863 г.	было	4, 83%	незаконнорожденныхъ	
— 1864 г.	—	5, 01%	—	
— 1865 г.	—	4, 95%	—	
— 1866 г.	—	5, 13%	—	
— 1870 г.	—	6, 41%	—	
— 1871 г.	—	6, 62% [3])	—	

Въ *Бельгіи* въ промежутокъ времени 1841—1850 процентъ незаконнорожденныхъ—7,44 [4]).

Въ *Россіи* средняя цифра незаконнорожденныхъ по Бушену 4,34 на 100.

Но особенно поразительной величиной отличается процентъ незаконнорожденныхъ въ городахъ. Такъ въ Парижѣ приходилось въ 1816—1835 г. одно незаконное дитя на 3 родившихся; въ Берлинѣ 1—на 6; въ Кенигсбергѣ 1—на 5,2; въ Бреслау 1—на 4,8; въ Линцѣ 1—на 3; въ Прагѣ 1—на 2,8 и Вѣнѣ 1 на 2,6 [5]).

Итакъ разсматриваемый съ положительной стороны принципъ Paternität'а оправдывается самыми убѣдительными мотивами. Но чтобы вопросъ о немъ былъ еще яснѣе, мы посмотримъ на него еще и съ отрицательной стороны: посмотримъ, какія доказательства представляютъ противники его, и на сколько эти доказательства доказательны. Всѣ возраженія противниковъ Paternität'а сводятся обыкновенно къ двумъ главнымъ. Искъ объ отчествѣ, говорятъ они, въ юридическомъ отно-

---

[1]) **Kolb**,—316, **Weber**, стр. 205—244.

[2]) **Acollas, Enfant etc.**, стр. 148—149.

[3]) **Kolb**, стр. 544.

[4]) **Weber**, стр. 203.

[5]) **Buengner**, стр. 151.

Digitized by Google

шеніи не имѣетъ подъ собою почвы, а въ нравственномъ—служитъ источникомъ злоупотребленій.

Юридическая недостаточность иска объ отчествѣ основывается на томъ, что прямое доказательство его невозможно, что онъ, въ концѣ концевъ, какъ послѣднее свое основаніе, имѣетъ одно лишь предположеніе; на одномъ же предположеніи иска основать нельзя.

Это возраженіе, хотя и требуетъ для иска объ отчествѣ юридической основы, само по себѣ, не совсѣмъ юридическое. Спрашивается, много ли есть процессовъ, какъ гражданскихъ, такъ и уголовныхъ, гдѣ судъ имѣетъ въ своемъ распоряженіи прямыя доказательства. Значитъ ли, напр., что, если у кредитора разорванъ долговой документъ, что долгъ ему, дѣйствительно, уплоченъ должникомъ. Значитъ ли, что, если собственникъ десять лѣтъ не владѣлъ своею собственностью, что онъ отказывается отъ нея. Не одни ли предположенія все это, а между тѣмъ, на основаніи ихъ, судъ отнимаетъ право собственности у одного и отдаетъ другому.

Затѣмъ судъ присяжныхъ не оперируетъ ли онъ, сплошь и рядомъ, одними лишь предположеніями, косвенными уликами. А между тѣмъ здѣсь часто замѣшанъ въ игру вопросъ не о платѣ извѣстной суммы, а о продолжительномъ лишеніи человѣка свободы, чести, даже жизни. Словомъ, возраженія о недостаточности процессуальныхъ основаній въ искѣ объ отчествѣ почти въ такой же мѣрѣ приложимы къ нему, какъ и ко всякому другому процессу. Судебное рѣшеніе, какъ дѣло рукъ человѣческихъ, никогда не можетъ притязать на непогрѣшимость. Суду почти во всякомъ процессѣ приходится, по необходимости, многое брать на свою совѣсть, а между тѣмъ никто не скажетъ, что судъ долженъ отказаться отъ разсмотрѣнія дѣла объ убійствѣ, совершенномъ хитро, съ сокрытіемъ слѣдовъ преступленія только потому, что оно трудно доказывается; никто не скажетъ, что судъ долженъ отказаться распутать самое противорѣчивое духовное завѣщаніе, гдѣ часто, отъ такого или иного толкованія его, одни претенденты наживаютъ десятки тысячъ, а другіе идутъ по міру, никто не скажетъ, что онъ долженъ отказаться только потому, что распутать его трудно. На какомъ же, спрашивается, основаніи мотивировать процессуальной трудностью устраненіе иска объ отчествѣ, гдѣ рѣчь идетъ далеко не о такихъ колоссальныхъ требова-

Digitized by Google

ніяхъ, и гдѣ даже самая ошибка суда, во многихъ случаяхъ, будетъ лишь источникомъ благодѣянія для незаконнаго дѣтяти.

Принципъ Paternität'a, возражаютъ далѣе противники, не выдерживаетъ критики и *по нравственнымъ соображеніямъ*. Онъ деморализируетъ женщинъ, онъ порождаетъ процессы, скандализирующіе общественное приличіе, онъ служитъ источникомъ фактовъ, нарушающихъ семейный миръ.

Посмотримъ, можно ли съ этими возраженіями согласиться.

Искъ объ отчествѣ деморализируетъ женщинъ. Онъ служитъ только женщинамъ дурной нравственности или даже просто распутнымъ. Женщины честныхъ правилъ обыкновенно не прибѣгаютъ къ этому иску, предпочитая лучше самимъ нести тяготу заботы о дитяти, чѣмъ предавать дѣло гласности. Такъ говорятъ защитники Maternität'a. Но, спрашивается, на чемъ же они основываютъ этотъ выводъ?—а на томъ, что до суда обыкновенно доходятъ иски лишь сомнительныхъ въ нравственномъ отношеніи женщинъ. Но если это и вѣрно, то это возраженіе не доказываетъ много; дѣло въ томъ, что законъ бываетъ благодѣтеленъ и безъ видимаго примѣненія его. Если, дѣйствительно, до суда доходятъ иски, большею частью, сомнительныхъ женщинъ, то это еще не значитъ, что имъ не пользуются и женщины безукоризненныя съ нравственной стороны. Онѣ могутъ не заводить иска въ судѣ, но одной угрозой начать его заставить виновнаго мужчину обезпечить существованіе дитяти, и, конечно, видя основательный искъ впереди, всякій предпочтетъ полюбовную сдѣлку принудительному рѣшенію. Такъ и бываетъ, въ дѣйствительности, тамъ, гдѣ допускается розыскъ. Вотъ почему французскіе цивилисты требуютъ розыска, между прочимъ, для распространенія добровольнаго признанія незаконныхъ дѣтей. Они справедливо надѣются, что многіе незаконные отцы, не дожидаясь, повѣстки изъ суда, признаютъ своихъ незаконныхъ дѣтей—по простой причинѣ, что выгоднѣе безъ скандала добровольно сдѣлать то, къ чему, раньше или позже, заставятъ. Что касается женщинъ въ строгомъ *смыслѣ развратныхъ* (puella publica), то отъ нихъ опасность не угрожаетъ, такъ какъ онѣ обыкновенно не имѣютъ дѣтей.

Но есть еще другое возраженіе противъ мнѣнія о томъ, что искъ объ отчествѣ деморализируетъ женщинъ, а именно—можно еще спросить: развѣ противоположный принципъ не въ большей еще мѣрѣ служитъ деморализирующимъ средствомъ въ отношеніи мужчинъ, не есть ли

Digitized by Google

законъ о запрещеніи розыска открытый листъ для самой безнаказанной игры женской честью. Мы не рискуемъ впасть въ ошибку утверждая, что распущенность среди современнаго намъ русскаго общества значительно поддерживается въ такой же мѣрѣ въѣвшимися во многіе слои его крѣпостными традиціями, какъ и отсутствіемъ исковъ объ отчествѣ. Вообще это выставленіе противъ принципа Paternität'а противниками его іереміадъ о развращеніи имъ женщинъ, поистинѣ, надо назвать эгоистическимъ и, по этому поводу, нельзя не припомнить словъ профессора Іеринга, сказанныхъ имъ въ съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ— что „читая законъ о запрещеніи розыска, ясно видно одно, что мужчины, писавъ ихъ, имѣли въ виду только себя". Наконецъ, это средство поднять нравственный уровень женщинъ допущеніемъ разнузданности для мужчинъ представляется не только эгоистическимъ, но даже страннымъ. Вотъ прекрасныя слова одного нѣмецкаго ученаго по этому поводу: „хотя и правда, говоритъ онъ, что если пастухъ и стадо знаютъ, что волкъ бродитъ около нихъ, тогда стадо становится боязливѣе, а пастухъ осторожнѣе. Однако я еще никогда не слыхалъ, чтобы владѣльцы большихъ стадъ пригоняли бы стаи волковъ къ стадамъ, чтобы этимъ усилить бдительность пастуховъ; и если собственность заботливѣе оберегается, когда извѣстно, что ей угрожаютъ хищническія нападенія, то никто, всетаки, не станетъ предлагать выпускать гулять воровъ свободно и безнаказанно, чтобы собственность заботливѣе охранялась. Мы же, отмѣняя искъ объ отчествѣ, освобождаемъ мужской полъ отъ всякихъ стѣсненій и увеличиваемъ его страсть къ аттакамъ и въ оправданіе говоримъ: это для того, чтобы женская половина была осторожнѣе и нравственнѣе" [1]).

Иски объ отчествѣ не только дѣйствуютъ развращающе на женщинъ, продолжаютъ противники этихъ исковъ, но еще сверхъ того нарушаютъ общественное приличіе и оскорбляютъ нравственное чувство порожденіемъ скандальныхъ процессовъ, сопряженныхъ съ лжесвидѣтельствомъ и клятвопреступленіемъ.

Конечно, при разсмотрѣніи процессовъ объ отчествѣ, нерѣдко всплываютъ наружу самыя темныя стороны человѣческой натуры, но такова уже роль суда, что онъ, какъ врачъ, долженъ лечить не

---

[1]) См. у Buengner'а. S. 159.

Digitized by Google

только легкую лихорадку, но и самый заразительный, злокачественный тифъ. Потомъ, развѣ эта скандальность процесса есть pars integra однихъ лишь исковъ объ отчествѣ. Развѣ менѣе скандальны процессы о прелюбодѣяніи жены, о импотенціи мужа, и т. п. но, вѣдь, не говорятъ же, что ихъ надо не допускать только потому, что въ нихъ заключается нѣкоторая скандалёзность. Наконецъ, есть средство щадить общественное приличіе, при разсмотрѣніи такихъ процессовъ. Судъ можетъ въ этихъ исключительныхъ случаяхъ закрывать свои двери для публики, какъ обыкновенно и дѣлается.

Относительно лжесвидѣтельства въ этихъ процессахъ тоже нельзя сказать больше, чѣмъ относительно возможности его во всѣхъ другихъ процессахъ, гдѣ замѣшанъ нѣкоторый интересъ нравственный или моральный свидѣтельствующаго. Таковъ уже субъективный характеръ этого доказательства, что доказывающій является, до нѣкоторой степени, и и судьей въ показаніи, но это можетъ только заставить требовать въ искѣ объ отчествѣ рядомъ съ показаніями свидѣтелей еще и объективнаго подтвержденія факта, а не отказа признать существованіе этихъ исковъ.

Клятвопреступленія, дѣйствительно, при процессахъ такого рода часты, но это указываетъ лишь на необходимость ограниченно пользоваться этимъ доказательствомъ. Наконецъ, рискъ вызвать клятвопреступленіе таковъ же и въ другихъ процессахъ, гдѣ дѣло отдается „на душу“ истцу или отвѣтчику.

Искъ объ отчествѣ, говорятъ защитники Maternität'а, нарушаетъ, семейный миръ и разстраиваетъ семейное счастье. „Человѣкъ самаго безукоризненнаго поведенія, посѣдѣвшій въ добродѣтели“—говорилъ Bigot de Preameneu въ Государственномъ Совѣтѣ, порицая дореда́кціонное французское законодательство—„не былъ гарантированъ отъ аттаки безстыдной женщины или дѣтей чужихъ по отношенію къ нему“. На эти слова мы находимъ прекрасный отвѣтъ его соотечественника Дельвинкура. „Весьма сомнительно, говоритъ онъ, чтобы подобныя преслѣдованія были направлены противъ лицъ примѣрной добродѣтели и неиспорченной репутаціи. Это было бы слишкомъ опрометчиво со стороны истцовъ. Извѣстно, напротивъ, что подобнаго рода иски были вчинаемы противъ людей репутаціи сомнительной, и которыхъ безпорядочное поведеніе подавало много надежды на выигрышъ иска [1]).

[1]) Cours de Code Civil, p. 387,

Digitized by Google

Ссылаются нѣкоторые еще на статистику въ доказательство принципа, отвергающаго розыскъ. Говорятъ, что число незаконныхъ рожденій всегда меньше въ тѣхъ государствахъ, гдѣ господствуетъ принципъ Maternität'a, и наоборотъ больше въ тѣхъ, гдѣ господствуетъ принципъ Paternität'a. Однако статистика вовсе не подтверждаетъ такъ категорически этого положенія, какъ это доказывается ссылающимися на нее.

Цифры, выставленныя Веберомъ относительно Швейцаріи, приводятъ напротивъ, къ совершенно противоположному выводу. Такъ въ періодъ времени 1850—1852 въ слѣдующихъ кантонахъ были такіе проценты незаконнорожденныхъ.—Въ Гларусѣ—1,8, Цугѣ—2, Граубинденѣ 2,6, Аппенцель-Роденѣ—4,2 и во всѣхъ ихъ господствуетъ принципъ Paternität'a, тогда какъ за то же время было въ кантонѣ: Бернѣ—4,8% незаконнорожденныхъ, Нейнбургѣ—4,1;—Женевѣ—8,3, Ааргау—,11, Шаффгаузенѣ—6,7, и законодательства всѣхъ ихъ построены на началахъ Maternität'a. Точно также и во Франціи со времени отмѣны Paternität'a, число незаконнорожденныхъ замѣтно увеличилось.

Зато законодательства другихъ европейскихъ государствъ, кромѣ Швейцаріи, дѣйствительно, скорѣй подкрѣпляютъ противоположный выводъ.

Такъ во Франціи, въ промежутокъ времени 1825—71, незаконнорожденныхъ приходится среднимъ числомъ 7%; въ Бельгіи 1841—50 —7,44%; въ Италіи—1862—1871—больше 5% и въ нихъ во всѣхъ отвергается розыскъ; въ Пруссіи, въ промежутокъ времени 1851—55, мы находимъ 7,53%; въ Австріи въ 1851 г.—8,73, въ 1858—10,72, въ 1864—11,68; въ 1870—12,79; въ Саксоніи въ 1863—64 болѣе 15%, и въ этихъ странахъ допускается розыскъ [1]).

На основаніи этихъ данныхъ, можно, кажется, вслѣдъ за Веберомъ утверждать одно, что цифры незаконнорожденныхъ нельзя ставить въ прямую связь съ однимъ лишь законодательствомъ. Тутъ повторяется не новая истина—законы и самые совершенные не въ состояніи своей только силой подавить порокъ. Но признавая эту истину нельзя, все-таки, сомнѣваться, въ томъ, что, до нѣкоторой степени, законодательство въ семъ случаѣ не остается безъ вліянія. Чѣмъ, въ самомъ дѣлѣ, объяснить возрастаніе цыфры незаконныхъ рожденій во Франціи послѣ изданія кодекса 1804, какъ не вліяніемъ законодательства.

---

[1]) J. Weber, стр. 50.

Digitized by Google

Итакъ возраженія противниковъ Paternität'a не выдерживаютъ критики. Они отчасти искусственны, отчасти слишкомъ преувеличены, чтобы поколебать тѣ несомнѣнныя достоинства, которыя имѣетъ за собой этотъ принципъ. За симъ, еще для большаго выясненія дѣла, въ вопросѣ о преимуществѣ принципа Paternität'a или Maternität'a, мы обратимся къ мнѣнію современной доктрины, и, главнымъ образомъ, той доктрины, которая стоитъ на реальной почвѣ законодательнаго рѣшенія вопроса. Это покажетъ намъ куда больше склоняется голосовъ, руководящихся не абстрактными истинами, а чисто практическими соображеніями. Мы прослѣдимъ мнѣнія ученыхъ двухъ странъ—Германіи и Франціи, странъ, гдѣ не только законодательная практика, но и юридическая наука имѣютъ національныя особенности.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Мнѣнія ученыхъ позднѣйшаго времени о принципахъ Paternitat'a и Maternitat'a.

Нѣмецкіе ученые.

Въ 1862 и 1863 г. вопросъ о незаконнорожденныхъ привлекъ къ себѣ вниманіе съѣзда нѣмецкихъ юристовъ и былъ предметомъ жаркихъ преній въ ихъ засѣданіяхъ. Весьма интересно узнать какъ рѣшали судьбу незаконнорожденныхъ спеціалисты, собравшіеся изъ разныхъ концовъ обширной нѣмецкой земли и, притомъ, спеціалисты не только теоретики, но и практики. Какъ люди науки, выступали тамъ въ числѣ многихъ другихъ—Іерингъ и Унгеръ, ученые, одни имена которыхъ ручаются за солидность мнѣній. Какъ практики, на съѣздѣ присутствовали не менѣе почтенные люди, прошедшіе самые разнообразные роды практической службы—отъ адвоката до государственнаго прокурора и, притомъ, замѣтимъ мимоходомъ, практики, которые въ своихъ юридическихъ знаніяхъ не ограничиваются одной лишь канцелярской рутиной или сводами рѣшеній высшаго суда (какъ, напримѣръ, наши отечественные), а также, если и не въ такой же мѣрѣ, какъ ученые, слѣдящіе за наукой и по мѣрѣ силъ работающіе для нея.

Вопросъ обсуждался въ съѣздѣ три раза. Въ 1862 онъ разсма-

Digitized by Google

тривался два раза: въ первый разъ въ соединенномъ присутствіи I-го и II-го Отдѣленій съѣзда и второй разъ въ Общемъ Собраніи. Однако только въ 1863 г. съѣздъ нашелъ вопросъ окончательно выясненнымъ и постановилъ о немъ рѣшеніе. Во всѣхъ трехъ случаяхъ на съѣздѣ были высказаны самыя разнообразныя мнѣнія, какъ и подобаетъ ожидать отъ такого собранія, которое вмѣщало въ себѣ болѣе тысячи спеціалистовъ.

Главныхъ мнѣній было высказано четыре: 1) мнѣніе, безусловно защищавшее принципъ Paternität'a; 2) мнѣніе, безусловно отвергавшее принципъ Paternität'a и защищавшее принципъ Maternität'a; 3) мнѣніе, допускавшее принципъ Paternität'a въ самыхъ исключительныхъ случаяхъ и, наконецъ, 4) мнѣніе, допускавшее принципъ Paternität'a съ существенными ограниченіями.

Защитникомъ перваго мнѣнія, т. е. принципа Paternität'a безъ изъятій былъ, главнымъ образомъ, *профессоръ Іерингъ*. Іерингъ говорилъ нѣсколько разъ, какъ въ засѣданіи Отдѣленій, такъ и въ Общемъ Собраніи. Мысли его заключаются въ слѣдующемъ. Принципъ Paternität'a вызывается преимущественно мотивами нравственнаго характера. Нравственное чувство говоритъ намъ, что только принципъ, допускающій искъ объ отчествѣ, справедливъ. На чемъ же основывается это чувство? А на томъ, что незаконный отецъ есть участникъ въ винѣ: въ незаконной связи, отъ которой произошелъ незаконнорожденный. „Мужчина соблазняетъ дѣвушку, и, лишивъ ея чести и добраго имени, отказываетъ въ самомъ меньшемъ, что онъ можетъ сдѣлать для нея — въ алиментахъ дитяти. На требованіе матери онъ пожимаетъ плечами, находя себѣ убѣжище въ законѣ. Вотъ что я называю плутовствомъ, говоритъ Іерингъ, и этотъ фактъ устанавливаетъ мое воззрѣніе".

Итакъ чувство справедливости требуетъ непремѣнно признанія принципа Paternität'a. Это чувство должно стоять впереди всѣхъ другихъ соображеній, не исключая и соображеній цѣлесообразности и выгоды. „Я бы пожалѣлъ о всей моей юриспруденціи, о всѣхъ моихъ знаніяхъ, я бы совсѣмъ пожертвовалъ ими съ того момента, когда бы они заставили меня перестать довѣряться моему нравственному чувству, восклицаетъ ораторъ.

Но принципъ Paternität'a имѣетъ за себя не только нравственныя соображенія, но и юридическую логику.—Говорятъ, что искъ объ отчествѣ не можетъ быть надлежаще юридически доказанъ. Конечно,

Digitized by Google

это вѣрно, если подъ надлежащимъ доказательствомъ разумѣть доказательство, что извѣстное дитя *несомнѣнно* происходитъ отъ извѣстнаго отца или что тоже, что половой актъ повлекъ непремѣнно за собою зачатіе. Но такое требованіе противорѣчитъ основнымъ правиламъ доказательствъ. Отъ доказательства вообще требуется, чтобы оно доказало то обстоятельство, которое *можетъ* повлечь за собою подлежащій доказательству фактъ. Требовать бо́льшаго, т. е. требовать доказательства не только возможности, но и подлиннаго совершенія факта, значитъ требовать, въ большинствѣ случаевъ, неисполнимаго, значитъ требовать доказательства, что никакое другое обстоятельство, кромѣ даннаго, не вызвало доказываемаго факта.

Примѣняя эти соображенія къ вопросу объ отчествѣ, надо признать, что доказанность половаго сношенія мужчины съ женщиной достаточна, чтобы считать перваго отцомъ дитяти, родившагося отъ послѣдней въ эпоху, соотвѣтствующую предполагаемому зачатію. Въ силу этого даже возраженіе со стороны мужчины о томъ, что мать дитяти имѣла въ зачаточный срокъ, кромѣ отвѣтчика, еще сношеніе и съ другими мужчинами, не должно имѣть значенія. Скажутъ, что такого доказательства слишкомъ недостаточно, что оно невѣрно, а лишь вѣроятно; но развѣ во многихъ другихъ случаяхъ судъ не удовлетворяется только вѣроятнымъ, за неимѣніемъ вѣрнаго. Вѣдь руководствуется же судъ предположеніемъ о смерти при безвѣстномъ отсутствіи, отчего же не руководствоваться ему предположеніемъ о началѣ жизни въ вопросѣ объ отчествѣ [1]).

Это мнѣніе находило себѣ сторонниковъ и среди другихъ членовъ съѣзда [2]).

Второе мнѣніе, отвергавшее безусловно принципъ Paternität'a и отстаивавшее принципъ Maternität'a, нашло себѣ защитниковъ, главнымъ образомъ, среди юристовъ практиковъ. Ихъ аргументація сосредоточивалась, по преимуществу, на практическихъ неудобствахъ иска объ отчествѣ. Они

---

[1]) Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages. Berlin. 1863. B. II. 2 Lieferung. S. 227—229, 265—269. Verhandlungen des Vierten Deutschen Juristentages. Berlin. 1864. B. II. 137—140.

[2]) Такъ, въ особенности, развивалъ его Weil, Regierungs—Rath aus Wien.—Verhandlungen des 3. Jur. t. S. 252—255.

Digitized by Google

говорили. Къ этому иску прибѣгаютъ почти исключительно женщины сомнительнаго поведенія. Они пользуются имъ какъ средствомъ наполнить свои карманы отчасти посредствомъ угрозы, отчасти посредствомъ выигрыша процесса, для доказательства котораго они не отступаютъ ни передъ чѣмъ: клятвопреступленіемъ, пріисканіемъ ложныхъ свидѣтелей и т. п.

Кромѣ того защитники этого мнѣнія указывали еще на другой классъ женщинъ, которыя еще другимъ путемъ, хотя и менѣе постыднымъ, но все же достойнымъ порицанія, злоупотребляютъ искомъ объ отчествѣ. „Въ экономіяхъ, въ деревенскихъ хозяйствахъ живетъ рабочій классъ pêle—mêle, wie das libe Vieh, говоритъ одинъ изъ юристовъ практиковъ, чего, кстати сказать, не должно быть—а между тѣмъ, не имѣй въ виду права иска, дѣвушки были бы осторожнѣе. Но теперь имъ извѣстно, что они располагаютъ правомъ иска и нерѣдко пользуются имъ чтобы пріобрѣсть себѣ мужа“ [1]).

Что касается вопроса объ алиментахъ незаконному дитяти, то онъ представляется сторонникамъ этой теоріи чисто финансовымъ. Дитя должно получать прокормленіе, а кто его прокормливаетъ—это для дитяти безразлично. А такъ какъ обязанность содержанія и воспитанія незаконныхъ дѣтей можетъ взять на себя община, то искъ объ отчествѣ оказывается въ этомъ отношеніи совсѣмъ излишнимъ. Кромѣ того искъ этотъ есть учрежденіе не нѣмецкое. Незаконныя дѣти никогда не находились въ чести у германцевъ. Безправіе незаконнорожденныхъ крѣпко вкоренилось въ германскіе нравы, какъ охрана цѣломудрія и чести женщины, и законъ, подкапывающій это цѣломудріе, никогда не можетъ назваться нѣмецкимъ [2]).

---

[1]) Iezt denken sie sich, wenn dich der Knecht geschwängert hat, wird er dich heirathen, denn die Alimente kann er nicht bezahlen, und so wirst du seine Frau.— Amtsrichter v. Wedekind aus Luneburg. См. Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages. B. II. S. 256—259.

[2]) Adwocat—Anwalt König aus Eleve—Verhandlungen des Vierten Juristentages II. B. S. 134—137. Кромѣ того защитниками этого мнѣнія еще были: Prof. Heydemann aus Berlin, см. Verhandlungen des 3-en Juristentages. B. II. S. 243—246 и Lingmann, Advocat—Anwalt aus Koblenz.—См. Verhandlungen des 4-en Juristentages. S. 140—142.

Digitized by Google

Третье мнѣніе, которое было формулировано даже въ видѣ предложенія, хотя и имѣло за собою весьма ограниченное число сторонниковъ, состояло въ слѣдующемъ: „Искъ объ отчествѣ на основаніи одного лишь половаго акта (stuprum) не долженъ имѣть мѣста, но онъ долженъ быть допущенъ, когда онъ связанъ съ искомъ о вступленіи въ бракъ (искомъ, основаннымъ на обѣщаніи жениться, и на совершенномъ подъ вліяніемъ этого обѣщанія половомъ сношеніи), или же когда иску объ отчествѣ предшествовало признаніе". Защитники этого предложенія разсуждали такъ: по нравственнымъ мотивамъ принципъ Paternität'а не выдерживаетъ критики; юридическія же основанія, заключающіяся только въ доказанности половаго акта, сами по себѣ, тоже слабы и не могутъ составить полнаго доказательства. Чтобы вышло полное доказательство надо еще что-то прибавить къ доказанному stuprum, и такой прибавкой должно быть обѣщаніе жениться и связанный съ обѣщаніемъ искъ. Признаніе же, само по себѣ, есть вполнѣ достаточное основаніе для иска. Референтъ ссылался, между прочимъ, на то, что такой порядокъ практикуется въ В. Гер. Гессенскомъ, и что при этомъ порядкѣ гессенцы чувствуютъ себя прекрасно [1]).

Наконецъ, послѣднее и преобладающее мнѣніе въ съѣздѣ было то, во главѣ котораго стоялъ профессоръ *Унгеръ*. Унгеру же принадлежитъ и иниціатива вопроса—онъ внесъ его въ съѣздъ еще въ 1862 году. Мысли Унгера слѣдующія. Вопросъ о незаконнорожденныхъ есть не только одинъ изъ важнѣйшихъ, но и одинъ изъ труднѣйшихъ вопросовъ законодательства. Основанія, говорящія въ пользу діаметрально противоположныхъ способовъ рѣшенія его по принципамъ Paternität'а и Maternität'а, необыкновенно высокой важности. На каждой сторонѣ находятся за и противъ самыя разнообразныя и вмѣстѣ съ тѣмъ самыя убѣдительнѣйшія соображенія. Кромѣ того, и что весьма существенно, это одинъ изъ вопросовъ, гдѣ юридическіе принципы и нравственное чувство находятся во взаимномъ противорѣчіи. Въ самомъ дѣлѣ, если мы станемъ на чисто юридическую почву, то мы должны сказать категорически и безусловно—искъ долженъ быть устраненъ. Говорятъ обыкно-

---

[1]) Мнѣніе это защищали Advocat Vogel aus Darmstadt; Hofrath Kerstorf aus Augsburg и Bürgermeister Drechsler aus Parchim. Verhandlungen des 3-en J. t. B. II. 250—252, 264—265 и Verhandlungen des 4-en J. t. B. II,132—133.

Digitized by Google

венно, что если отчество и не можетъ быть доказано, то, всетаки, оно можетъ быть выведено изъ предположеній. Но, спрашивается, при какихъ же предположеніяхъ можно было бы доказать, что А. есть отецъ Х. Это возможно было бы, если бы мать могла, во первыхъ, доказать свое половое сношеніе съ А, а во вторыхъ, что въ зачаточный срокъ никто, кромѣ А, этого сношенія съ нею не имѣлъ. Первое конечно, возможно доказать; но какъ доказать второе? Второе не можетъ быть доказано, кромѣ самаго исключительнаго случая. Въ этомъ смыслѣ надо сказать, что отчество неизвѣстно. Такова была точка зрѣнія римскаго права, и если въ практику вошелъ обычай допускать искъ объ отчествѣ, то онъ основанъ не болѣе какъ на искусственномъ предположеніи, что если кто имѣлъ съ матерью въ концепціонный срокъ половой актъ, то этотъ кто и есть отецъ родившагося дитяти. Съ обязанности матери, такимъ образомъ, снимается цѣлая часть доказательствъ отчества, снимается вся отрицательная сторона, что никто другой, кромѣ А, не имѣлъ съ нею сношеній въ критическій періодъ. Вотъ почему exceptio congressus cum pluribus должна быть непремѣнно допущена, какъ единственная гарантія для отвѣтчика.

Такова юридическая сторона дѣла. Но не взирая на всю силу, юридической логики, нравственное чувство справедливости вообще и въ частности нѣмецкаго народа говоритъ за удержаніе этого иска, только онъ долженъ быть заключенъ въ болѣе тѣсныя границы, чѣмъ это имѣетъ мѣсто въ современныхъ германскихъ законодательствахъ.

Окончательно для съѣзда Унгеръ формулировалъ свое мнѣніе въ слѣдующихъ словахъ: „съѣздъ нѣмецкихъ юристовъ выражаетъ свое убѣжденіе, что искъ объ отчествѣ долженъ быть допущенъ, но что однако

1) Онъ долженъ быть ограниченъ краткимъ срокомъ.

2) Онъ долженъ быть совсѣмъ исключенъ, если мужчина былъ соблазненъ къ распутству, или если онъ во время сношенія съ женщиной былъ уже женатъ, или если мать завѣдомо развратная женщина.

3) Онъ долженъ быть лишенъ силы, если будетъ представлена exceptio congressus cum pluribus [1]).

---

[1]) Verhandlungen des 3-en Juristentages. B. II S. 220—226, 238—243.— Verhandlungen des 4-en Juristentages B. II. S. 143—145.

Digitized by Google

Мнѣніе профессора Унгера въ особенности поддерживалъ профессоръ *Stubenrauch*, хотя въ мотивахъ онъ шелъ еще дальше своего товарища. По мнѣнію Штубенрауха даже и юридическая сторона иска не такъ слаба какъ кажется. Онъ говоритъ, что искъ этотъ, дѣйствительно, трудно доказывается, но трудность еще не означаетъ невозможности. Если онъ можетъ быть положительно доказанъ лишь въ рѣдкихъ случаяхъ, то уже и этого достаточно, чтобы спасти принципъ.

Гдѣ положительныя доказательства не возможны, тамъ надо прибѣгнуть къ предположеніямъ, ибо только онѣ и представляютъ единственный исходъ, чтобы оправдать искъ, въ защиту котораго говоритъ нравственное чувство. Но такъ какъ, всетаки, искъ этотъ основывается, въ большинствѣ случаевъ, на предположеніи, то тамъ, гдѣ это предположеніе можетъ быть потрясено, т. е., гдѣ можетъ быть представлена exceptio congressus cum pluribus, иску не должно быть мѣста [1]).

По выслушаніи этихъ мнѣній въ засѣданіи Отдѣленій, было приступлено къ голосованію. При голосованіи рѣшительное большинство высказалось, во первыхъ, за принципъ Paternität'a, во вторыхъ, за ограниченіе его, въ особенности, посредствомъ exceptio congressus cum pluribus [2]). Это рѣшеніе соединеннаго засѣданія I-го и II-го Отдѣленій съѣзда было передано въ Общее Собраніе.

Въ Общемъ Собраніи были резюмированы прежнія мнѣнія, и, послѣ непродолжительныхъ дебатовъ, рѣшено было оставить въ принципѣ искъ объ отчествѣ въ тѣхъ партикулярныхъ законодательствахъ, гдѣ онъ признанъ, но заключить его въ болѣе тѣсныя границы; въ будущемъ же общенѣмецкомъ кодексѣ дать ему мѣсто только въ исключительныхъ случаяхъ [3]).

Итакъ нѣмецкіе юристы, въ лицѣ самыхъ солидныхъ своихъ представителей (Іерингъ, Унгеръ, Штубенраухъ) были на сторонѣ принципа Paternität'a. Оппозицію представляли, главнымъ образомъ,

---

[1]) Verhandlungen des 3-en J. t. 235—238. За это же мнѣніе стоялъ и профессоръ Геллеръ (Heller), только онъ требовалъ ограниченія иска самымъ краткимъ срокомъ. Verhandlungen des 3-en J. t. S. 246—250.

[2]) Ibidem, стр. 272—277.

[3]) Verhandlungen des 4-en Juristentages. S. 147.

Digitized by Google

юристы практики, для которыхъ противоположный принципъ представляется простымъ и практически удобнымъ, но, не смотря на всю силу этой оппозиціи, восторжествовало, всетаки, первое мнѣніе, т. е. мнѣніе защитниковъ Paternität'a.

Обратимся теперь къ французскимъ цивилистамъ.

Французскіе ученые.

Мы видѣли, что исторія французскаго законодательства въ вопросѣ о незаконныхъ дѣтяхъ представляетъ изъ себя все крайности. Сначала абсолютное безправіе незаконнорожденныхъ, затѣмъ абсолютное приравненіе ихъ къ законнорожденнымъ и, наконецъ, видимое примиреніе этихъ двухъ началъ, а въ существѣ третья крайность—надѣленіе не-незаконнорожденныхъ правами, но лишеніе возможности ими пользоваться. Такова именно система дѣйствующаго кодекса. Онъ даетъ права только тѣмъ дѣтямъ, сыновство которыхъ доказано, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, обставляетъ доказательство этого сыновства непреодолимыми трудностями. Понятно, что, при такихъ условіяхъ, права незаконнорожденныхъ являются, въ существѣ дѣла, лишь фиктивными. А это оттого, что законодатель не хотѣлъ bona fide обезпечить судьбу незаконныхъ дѣтей. Дѣйствительно, изъ редакціонныхъ работъ видно, что Наполеонъ, бывшій, можно сказать, душею этихъ работъ, третировалъ незаконнорожденныхъ en canaille. Этотъ великій полководецъ, стяжавшій много славы на полѣ брани, мнилъ себя такимъ же великимъ и въ законодательной камерѣ. Онъ думалъ, что два, три острыхъ bons mots способны распутать всякій сложный законодательный вопросъ. Такъ онъ говорилъ: la societé *n'a pas interêt* à ce que la filiation des batards soit reconnue [1]). Ясно, что, при такомъ принципіальномъ воззрѣніи на дѣло,

---

[1]) Такихъ bons mots, характеризующихъ законодательное удальство Наполеона, не мало. Такъ онъ говорилъ еще: l'adultère, qui dans un code civil est un fait immence, n'est dans le fait, *qu'une galanterie*, une affaire de bal masqué, или: la loi doit punir l'individu qui s'est rendu coupable de viol, mais, elle ne doit pas aller plus loin, т. е. не признавать отцемъ изнасиловавшаго, если послѣ изнасилованія родится дитя. См. Acollas. Manuel, II, p. 353 n. 2 Эти мудрыя изрѣченія не только характеризуютъ прославленный французами genie ихъ великаго императора, но и показываютъ, въ какихъ вандальскихъ рукахъ находилась судьба незаконнорожденныхъ французовъ.

Digitized by Google

„мира“ новое законодательство могло внести мало, и недовольство законодательной системой продолжаетъ жить и до сихъ поръ, хотя причины этого неудовольствія и измѣнились.

Въ послѣднее время все чаще и энергичнѣе стали подниматься голоса этихъ недовольныхъ. Вотъ какъ говоритъ по этому поводу Аколла: „я приступаю къ требованію преобразованія одной изъ самыхъ большихъ нашихъ соціальныхъ несправедливостей, несправедливости, которой не совершаютъ въ такой же степени, ни Англія, ни Пруссія, ни Австрія, ни Россія [1]), устраненія одной изъ нашихъ опасностей: отмѣны въ нашемъ гражданскомъ законодательствѣ *позорнѣйшей* статьи, которая воспрещаетъ розыскъ отчества и которая въ нашемъ обществѣ— дщери революціи ставитъ изъ за случайности рожденія болѣе $1^1/_2$ милліона французовъ внѣ закона и внѣ права“ [2]). Въ такомъ же духѣ говорятъ и другіе французскіе цивилисты [3]).

Правда, что многіе изъ представителей французской науки удовлетворяются теперь существующимъ порядкомъ [4]) и съ каѳедры одобряютъ тотъ article, который внѣ ея признается чудовищнымъ (и если сказать откровенно, то этотъ научный квіетизмъ поддерживается болѣе пассивнымъ экзегетическимъ методомъ преподаванія, чѣмъ принципіальнымъ рѣшеніемъ вопроса), но тѣмъ не менѣе весьма солидные представители и науки, и практики порицаютъ систему кодекса и требуютъ радикальныхъ перемѣнъ [5]).

---

[1]) Увы! этотъ комплиментъ нашему законодательству основанъ на ошибкѣ.

[2]) Acollas, L'Enfant etc. p. 2 и 3.

[3]) Si l'on est sincère, on devra convenir que notre Code est sur cette matière, (т. е. въ вопросѣ объ отчествѣ), d'une rigueur qui, sous les apparences d'une haute équité et de respectables scrupules *va de l'injustice jusqu'à la cruauté.*—Jacquier. p. 43.

[4]) Demolombe, V, 542 и слѣд. Baret, 159 и слѣд.

[5]) *Valette* sur Proudhon, État des Personnes t. II, p. 131.—*Laurent*, III, 437.—Delvincourt, Cours de Code Civil. t. I, p. 387, 388.—*Le Play*, Organisation du travail. p. 302. *Morellot*, См. соч. De la reconnaissance des enfants illegitimes. *Acollas*, L'Enfant etc. Сверхъ сихъ лицъ въ защиту принципа Paternität'а высказывались еще изъ ученыхъ: *Demangeat* и *de Fresquel*; изъ практиковъ: *Jules Favre*, *Marie*, *Hérold*; изъ представителей разныхъ другихъ отраслей знанія: *Victor Hugo*, *Littre*, *Jules Simon*, *Vacherot*, *Louis Blanc*, *Eugene Pelletan*, *Courcelle—Seneuil*, *Joseph Garnier*, *A. Cochut*, *Horn*, *Clamageran*, *Legoyt* см. Acollas, I, 363.

Digitized by Google

Въ своей аргументаціи они ссылаются обыкновенно на тѣ же доказательства, которыя имѣетъ вообще за себя принципъ Paternität'a (и которыхъ мы здѣсь повторять не будемъ). Въ частности же по отношенію къ Франціи они указываютъ.

1) На постоянное возрастаніе цифры незаконнорожденныхъ со времени отмѣны принципа Paternität'a; такъ въ 1784 г. было подкидышей 40,000, а въ 1833 цифра ихъ возросла до 129,500, т. е. чрезъ 49 лѣтъ число подкидышей болѣе чѣмъ утроилось [1]). Въ особенности процентъ незаконнорожденныхъ замѣтно возрасталъ въ послѣднее время въ деревняхъ. Такъ въ 1861 г. онъ былъ—4,32, а отъ 1862—1865 онъ имѣлъ слѣдующія цифры: 4,38; 4,39; 4,42 [2]).

2) Ссылаются также на необыкновенное развращеніе нравовъ въ современномъ французскомъ обществѣ какъ одно изъ слѣдствій запрещенія розыска незаконнаго отца. „Обольщеніе", говоритъ le Play, „бывшее въ послѣдній вѣкъ стараго режима лишь достояніемъ нравовъ придворныхъ, съ тѣхъ поръ стало безпрестанно распространяться даже въ массѣ народонаселенія; въ настоящее время эта безпорядочность стала въ нѣкоторомъ родѣ, обычной чертой нашихъ нравовъ [3]).

3) Указываютъ на то, что законъ, запрещающій розыскъ, противорѣчитъ традиціямъ французскаго народа, въ прежнее время пользовавшагося этимъ правомъ. При этомъ замѣчаютъ, что злоупотребленія, на которыя обыкновенно ссылаются противники розыска, обязаны были своимъ происхожденіемъ не принципу розыска, а практиковавшемуся, въ старомъ французскомъ законодательствѣ, процессуальному правилу—Virgini praegnanti creditur, которое, дѣйствительно, не раціонально и давно отмѣнено [4]).

Относительно самой реформы требованія раздѣляются на болѣе радикальныя и менѣе радикальныя.

---

[1]) Acollas, L'Enfant, p. 53.

[2]) Jacquier, p. 63.

[3]) La Reforme sociale en France I. 193. Legouvé говоритъ объ этомъ еще спеціальнѣе: des manoufacturiers séduisent leurs travailleuses; des chefs d'ateliers chassent les jeunes filles qui ne veulent pas s'abandonner à eux; des maîtres corrompent leurs servantes. Histoire morale des femmes p. 69.—Въ такомъ же родѣ говоритъ Delvincourt, Cours. t, 387 - 388.

[4]) Acollas, L'Enfant etc. p. 22 и 32.

Digitized by Google

Болѣе радикальныя, во первыхъ, провозглашаютъ полное равенство всѣхъ дѣтей передъ закономъ, слѣдовательно безъ различія законныхъ, незаконныхъ и признанныхъ. Во вторыхъ, они признаютъ права незаконныхъ дѣтей не только по отношенію къ отцу и матери, но и къ другимъ восходящимъ отцовской или материнской стороны; а именно: право незаконнорожденнаго на воспитаніе и алименты, и, притомъ, не только при жизни указанныхъ лицъ, но и послѣ ихъ смерти; но зато обязываютъ и взаимно незаконнорожденныхъ давать алименты своимъ восходящимъ родственникамъ. Въ третьихъ, незаконнымъ дѣтямъ дается право представлять всѣ средства для доказательства своего сыновства.

Различіе между законными и незаконными дѣтьми касается, такимъ образомъ, лишь наслѣдственныхъ правъ, и это потому, что право наслѣдованія исходитъ обыкновенно отъ лица, располагающаго имуществомъ, а не получающаго его.—Это мнѣніе принадлежитъ Acollas [1]).

Второй проектъ реформы болѣе умѣренный; онъ принадлежитъ Jacquier и состоитъ въ слѣдующемъ:

1) Уничтоженіе различія между простыми незаконнорожденными и дѣтьми отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія.

2) Облегченіе признанія незаконныхъ дѣтей допущеніемъ для этого частныхъ актовъ, а также допущеніемъ possession d'état для доказательства незаконнаго сыновства.

3) Допущеніе розыска незаконнаго отца, но подъ условіемъ или представленія начала письменныхъ доказательствъ, или же фактовъ достаточно важныхъ, чтобы на нихъ можно было основать предположеніе объ отчествѣ (интимныя отношенія съ матерью и т. д.).

4) Если искъ будетъ начатъ матерью, то судъ можетъ прибѣгнуть или къ дополнительной, или къ очистительной присягѣ.

5) Мать обязана заявить о своей беременности officier de l'état civil, въ теченіи 3-хъ мѣсяцевъ отъ срока зачатія, иначе она теряетъ право иска [2]).

Итакъ мы видимъ, что и французскіе цивилисты, желающіе реформы въ дѣйствующемъ законодательствѣ о незаконнорожденныхъ, и

---

[1]) См. L'Enfant etc. 134—140.

[2]) Jacquier, 108, 109.

Digitized by Google

нѣмецкіе, помышляющіе о новомъ общенѣмецкомъ кодексѣ, сходятся. И тѣ, и другіе высказываются за необходимость провести въ законодательствѣ принципъ Paternität'a, а не Maternität'a.

Это желаніе французовъ—возвратиться къ старинѣ въ особенности поучительно. Оно показываетъ, между прочимъ, какъ ошибочно мнѣніе, что разъ введенъ принципъ Maternität'a, отстать отъ него не захотятъ. Напротивъ, многолѣтнимъ опытомъ французы пришли именно къ тому заключенію, что принципъ Maternität'a не только несправедливъ, неправомѣренъ, но и вреденъ для общества.—Теперь, согласно вышеозначенному нами порядку, мы перейдемъ къ указанію недостатковъ текста, разсмотрѣнныхъ нами двухъ законодательствъ.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Недостатки текстовъ саксонскаго и французскаго законодательствъ.

Саксонское законодательство. Первый и важнѣйшій недостатокъ саксонскаго законодательства заключается въ томъ, что оно, при опредѣленіи алиментарной обязанности, не имѣетъ подъ собою точно выясненнаго принципа. Оно колеблется, такъ сказать, между принципомъ отчества (родства) и принципомъ деликта, и, въ концѣ концевъ, отдаетъ предпочтеніе этому послѣднему. Между тѣмъ принципъ деликта есть устарѣлая доктрина, съ полнымъ основаніемъ отвергаемая современными цивилистами, и вотъ по какимъ соображеніямъ:

1) Принципъ проступка противорѣчитъ историческому происхожденію иска о правѣ на содержаніе незаконныхъ дѣтей. Этотъ искъ былъ предоставленъ въ Римѣ дѣтямъ отъ конкубины, а конкубинатъ не только не былъ проступкомъ, а, напротивъ, признавался законною связью.

2) Выводя алиментарный искъ изъ деликта по отношенію къ отцу, надо признать его такимъ же и по отношенію къ матери, такъ какъ, во всякомъ случаѣ, два лица, а не одно, совершили проступокъ; но странно было бы основывать право дитяти на содержаніе отъ матери на проступкѣ послѣдней въ отношеніи къ первому, а не на родствѣ.

3) Право иска дитяти, выводимое изъ деликта, предполагаетъ, что

Digitized by Google

отвѣтчикъ, т. е. отецъ совершилъ какое нибудь правонарушеніе по отношенію къ истцу, т. е. дитяти. Но единственный фактъ, обосновывающій искъ дитяти, есть дарованіе отцемъ своему сыну или дочери жизни. Слѣдовательно, чтобы отыскать требуемый для иска *деликтъ*, надо таковымъ признать рожденіе дитяти отцемъ, но, покрайней мѣрѣ, юристъ утверждать этого не рѣшится.

4) Основаніе иска объ алиментахъ на деликтѣ имѣло еще нѣкоторый смыслъ въ тѣ времена, когда всякое внѣбрачное сожительство разсматривалось какъ проступокъ, но современныя законодательства отъ такого воззрѣнія отказались [1]) (исключая, впрочемъ, русскаго, которое, подъ вліяніемъ, конечно, церкви, преслѣдуетъ еще такое сожительство даже уголовнымъ закономъ).

Принятіе саксонскимъ законодательствомъ принципа деликта, а не имѣющаго за собой и историческое, и юридическое, и нравственное основаніе принципа отчества, eo ipso привело его къ другому, имѣющему важныя практическія неудобства, недостатку. Мы разумѣемъ отрицаніе саксонскимъ законодательствомъ такъ называемой exceptio congressus cum pluribus. Эта exceptio заключается въ томъ, что отвѣтчикъ на искъ объ алиментахъ имѣетъ право возразить, что, кромѣ его, мать дитяти въ критическій періодъ имѣла половое общеніе и съ другими мужчинами. Саксонское законодательство этого возраженія не принимаетъ въ соображеніе, и всѣхъ constuprator'овъ привлекаетъ ко взысканію солидарно, т. е. истица вольна выбрать перваго попавшагося и къ нему вчать искъ. Другія законодательства въ этомъ случаѣ раздѣляются: однѣ противъ этого возраженія, (Австрійское, Мекленбургъ-Шверинское) другія за него, (новый Прусскій законъ 24 апрѣля 1854 г., законодательство Виртембергское, а также кодексы кантоновъ Граубиндена и Фрейбурга). Точно также и въ доктринѣ есть и противники, есть и защитники этого возраженія.

Первые разсуждаютъ такъ. Для доказательства извѣстнаго обстоятельства требуется по законамъ природы и логики доказать только фактъ, который своимъ послѣдствіемъ имѣлъ доказываемое обстоятельство. Поэтому для доказательства отчества дитяти достаточно только доказать, что извѣстный мужчина имѣлъ половое сношеніе съ матерью ребенка въ зачаточный срокъ. Выводъ отсюда отчества не можетъ быть ослабленъ

---

[1]) **Buengner**, 77 и слѣд.

Digitized by Google

тѣмъ, что и другіе въ тотъ же срокъ имѣли половое общеніе съ матерью дитяти; а, слѣдовательно, этимъ возраженіемъ не можетъ быть устранена и алиментарная обязанность привлекаемаго ко взысканію; и это совершенно справедливо: вѣдь не снимается же отвѣтственность съ повредившаго чужую вещь только потому, что, кромѣ него, участвовали въ нанесеніи вреда и другіе [1]).

Защитники exceptio отвѣчаютъ на это слѣдующими соображеніями:

1) Въ искѣ объ отчествѣ, и помимо этого возраженія, дѣлается отступленіе отъ строгой системы доказательствъ. Суду дается право заключать отъ факта совокупленія извѣстнаго мужчины съ женщиной къ факту зачатія отъ него дитяти, т. е. съ истца снимается обязанность доказать, что дитя, кромѣ привлекаемаго ко взысканію мужчины, никому другому не обязано своимъ зачатіемъ. Но сдѣлавъ это снисхожденіе, законъ не долженъ уже идти дальше этого, т. е. онъ не долженъ отнимать права у противной стороны возражать противъ исключительности сожительства матери въ концепціонный срокъ [2]).

2) Искъ объ алиментахъ основанъ не на прямомъ доказательствѣ, а лишь на предположеніи, но такъ какъ exceptio congressus подрываетъ и это предположеніе, то иску, при доказательствѣ ея, уже совсѣмъ не должно быть мѣста [3]).

Къ сказанному можно прибавить: искъ объ алиментахъ имѣетъ свое главное и преимущественное основаніе въ нравственности—въ томъ, что несправедливо взваливать всю отвѣтственность за рожденіе незаконнаго дитяти на соблазненную и обманутую мужчиной мать; но женщина, имѣвшая одновременно общеніе со многими мужчинами, не заслуживаетъ такого снисхожденія закона—иначе придется защищать безнравственность во имя нравственности. Равно, съ точки зрѣнія интересовъ дитяти, искъ такой тоже не имѣетъ оправданія, такъ какъ предположеніе объ отчествѣ имѣетъ противъ себя рядъ равносильныхъ предположеній о неотчествѣ.

Съ практической стороны исключеніе exceptio congressus изъ

---

[1]) **Prof. Jhering** и **Prof. Heller**. См. **Verhandlungen d. 3 J. t. I, 228, 229, 249, 250.**

[2]) **Unger**, Ibid., 224, 225.

[3]) **Stubenrauch**, См. **Verhandlungen d. 3. J. t. 237, 238.**

Digitized by Google

кодекса, признающаго Paternität, можетъ привести къ самымъ безнравственнымъ злоупотребленіямъ. Весь искъ объ алиментахъ сводится тогда съ вопроса объ отчествѣ на вопросъ о coitus'ѣ. Кто отецъ, кто не отецъ—все равно. Всѣ должны платить. Для тѣхъ женщинъ, которыхъ нѣмцы называютъ liederliche, это будетъ потворство къ безпутной жизни и эксплуатаціи. Искъ объ алиментахъ превратится въ аферу: привлечь по возможности больше отвѣтчиковъ, чтобы имѣть больше шансовъ на выигрышъ процесса.

Все это дѣлаетъ непонятнымъ, какимъ образомъ редакторы саксонскаго кодекса обошли это возраженіе, громко заявляя, что они въ главу угла своего законодательнаго зданія клали sittliches Element. Еще менѣе понятно, какъ они не допустили этой exceptio даже для жениха невѣсты, имѣвшей въ періодъ обрученія сношеніе одновременно со многими мужчинами; тѣмъ болѣе, что дѣти невѣсты пользуются почти всѣми правами законныхъ дѣтей, а не одними лишь алиментами, какъ простыя незаконнорожденныя.

Да, это упорное проведеніе принципа деликта ничѣмъ кажется нельзя инымъ объяснить, какъ не похвальнымъ, со стороны редакторовъ, мотивомъ—освободить общины отъ излишней тяготы прокормленія незаконныхъ дѣтей.

По изложеннымъ не ограничиваются всѣ вредные результаты системы деликта. Такъ сюда надо отнести также слѣдующее несправедливое правило, практикуемое саксонскимъ законодательствомъ. Основное положеніе алиментарной обязанности то, что плотящій алименты долженъ ихъ вносить тогда, когда онъ имѣетъ для этого средства, а получающій ихъ въ правѣ требовать тогда, когда онъ не только не располагаетъ достаточнымъ для своего содержанія имуществомъ, но и не въ состояніи добыть его. Это положеніе согласно съ справедливостью и со смысломъ алиментарной обязанности, такъ какъ, съ одной стороны, никто не обязанъ кормить другаго, если самому не на что существовать, и такъ какъ, съ другой стороны, алиментарная обязанность установлена не съ цѣлью обогащенія, а съ цѣлью только прокормленія. Между тѣмъ въ саксонскомъ законодательствѣ мы находимъ постановленіе, что незаконный отецъ долженъ доставлять своему незаконному дитяти содержаніе, независимо ни отъ средствъ дающаго содержаніе, ни отъ средствъ получающаго его. Слѣдовательно, будь даже открытъ конкурсъ надъ имуществомъ незаконнаго отца, и будь даже въ тоже самое время

Digitized by Google

у незаконнаго дитяти состояніе въ 100 тысячъ марокъ, алиментарный долгъ остается въ своей силѣ. Эта несправедливость обязана основной точкѣ зрѣнія саксонскаго законодательства: незаконный отецъ совершилъ проступокъ и, слѣдовательно, наказаніе должно слѣдовать за проступкомъ независимо отъ другихъ соображеній.

Только вліяніемъ той же точки зрѣнія деликта можно объяснить въ саксонскомъ законодательствѣ отсутствіе правила, что незаконнорожденный лишается права требовать отъ своего незаконнаго отца алиментовъ, если первый совершилъ по отношенію къ послѣднему какой либо проступокъ, выражающій непочтеніе. Это правило есть необходимое слѣдствіе идеи алиментарной обязанности. Эта обязанность коренится въ чувствѣ ліэтета, связывающаго алиментирующаго съ алиментируемымъ. Оно есть основаніе этой обязанности. Но всякій проступокъ, выражающій непочтеніе или явное неуваженіе къ отцу, со стороны незаконнорожденнаго, разрушаетъ это основаніе, а вмѣстѣ съ тѣмъ онъ долженъ разрушать и право на алименты.

Вообще саксонское законодательство въ алиментарной обязанности незаконнаго отца стоитъ на почвѣ чисто имущественныхъ отношеній. Все, на что имѣетъ право претендовать незаконнорожденный, отмѣрено и отвѣшено и взыскивается безъ послабленія, не взирая на всѣ прочія обстоятельства. А между тѣмъ нельзя не сказать, что такое воззрѣніе не заслуживаетъ одобренія. Проводить въ кодексѣ взглядъ, что незаконный отецъ только преступникъ въ отношеніи незаконнорожденнаго, а незаконный сынъ только неумолимый кредиторъ по отношенію къ отцу дѣло негуманное. Законъ, напротивъ, долженъ стараться, по возможности, очищать эти отношенія отъ той нравственной неприглядности, какую имъ даетъ жизнь, а не самому вкоренять деморализирующій взглядъ.

Кромѣ изложенныхъ недостатковъ саксонскаго законодательства въ постановленіяхъ объ алиментарной обязанности, недостатковъ, вытекающихъ изъ основнаго воззрѣнія законодательства Саксоніи на эту обязанность, есть еще другіе изъяны въ постановленіяхъ объ этомъ предметѣ, которые уже не имѣютъ непосредственной связи съ основной точкой зрѣнія.

Извѣстно, что по саксонскому кодексу незаконный отецъ несетъ алиментарную обязанность не самостоятельно, а лишь вмѣстѣ съ матерью и ея родственниками и, притомъ, такъ, что онъ платитъ только

Digitized by Google

опредѣленную судомъ сумму, а алиментарная обязанность во всемъ ея объемѣ лежитъ на указанныхъ выше лицахъ. Такое распредѣленіе обязанности нельзя назвать справедливымъ. Если еще есть основаніе привлекать на второмъ планѣ незаконнаго отца къ платежу алиментовъ тогда, когда есть мать, то уже нѣтъ никакого основанія ставить его на второй планъ тогда, когда матери нѣтъ, а есть только ея родственники. Родство незаконнаго отца къ незаконнорожденному ближе родства материнскаго дѣда или бабки и, слѣдовательно, на него по справедливости надо бы возложить главную обязанность, а на материнскихъ родственниковъ вспомогательную, а не наоборотъ, какъ въ кодексѣ. Затѣмъ саксонскій законъ, какъ извѣстно, опредѣляетъ самъ maximum и minimum алиментовъ, (12 — 120 таллеровъ), а избрать средній размѣръ между этими цыфрами предоставляетъ суду. Если во многихъ случаяхъ, дѣйствительно, можно удовлетвориться такимъ maximum'омъ, то можетъ быть и такъ, что онъ окажется несправедливымъ, напр., если у незаконнаго отца громадное состояніе, а мать совершенно безъ средствъ. Лучше, кажется, было бы совершенно не назначать нормы, а отдать установленіе ея вполнѣ въ вѣдѣніе суда, какъ и сдѣлано въ нѣкоторыхъ другихъ нѣмецкихъ законодательствахъ.

Также несправедливо, позволяемъ думать, сдѣлано въ саксонскомъ законодательствѣ и опредѣленіе продолжительности алиментарной обязанности. Она назначается до исполненія дитяти 14 лѣтъ, и послѣ этого возраста, ни въ какомъ случаѣ, не возобновляется.

Никто не станетъ спорить, что 14-ій возрастъ слишкомъ ранній для того, чтобы можно было, по достиженіи его, возложить на самого незаконнорожденнаго заботу о своемъ существованіи. Это пора только ученія, приготовленія себя человѣкомъ къ добыванію средствъ къ жизни, а не годной уже къ дѣйствію рабочей машины. Ясно, что законодатели имѣли въ виду, при назначеніи этого возраста, только простой классъ народа, для котораго начиная съ 13, 14 лѣтъ, дѣйствительно, представляется, уже возможность заработка, но, вѣдь, случаи незаконнорожденности не ограничиваются только этимъ классомъ.

По достиженіи незаконнорожденнымъ 14 лѣтъ, съ отца, какъ сказано, снимается на всегда алиментарная обязанность. Это правило слишкомъ абсолютно. Алиментарную обязанность, въ концѣ концевъ, долженъ опредѣлять не возрастъ, а неимѣніе средствъ и невозможность ихъ пріобрѣсть. Въ пору уже полнаго развитія физическихъ

Digitized by Google

силъ, незаконнорожденный можетъ, вслѣдствіе какого нибудь несчастнаго случая—увѣчья, болѣзни, стать совсѣмъ человѣкомъ безпомощнымъ. Въ такихъ обстоятельствахъ вполнѣ справедливо было бы призвать снова къ алиментарной обязанности незаконнаго отца, если только онъ располагаетъ для этого средствами.

За симъ мы перейдемъ къ указанію на недостатки текста французскаго законодательства.

Французское законодательство.

Дѣйствующее французское законодательство, кромѣ принципіальнаго недостатка, представляетъ еще недостатки и въ своихъ спеціальныхъ постановленіяхъ о незаконнорожденныхъ. Въ своемъ мѣстѣ, при изложеніи различныхъ институтовъ, мы останавливались уже на этихъ недостаткахъ. Теперь мы отчасти сведемъ сказанное во едино, отчасти укажемъ на то, о чемъ выше говорено не было. Всѣ недостатки дѣйствующаго французскаго законодательства о незаконнорожденныхъ касаются, главнымъ образомъ, постановленій его о доказательствахъ незаконнаго сыновства, а именно—вопроса о признаніи и вопроса о пользованіи правосостояніемъ. Съ этихъ двухъ сторонъ мы и займемся критикой французскаго законодательства о незаконнорожденныхъ.

Въ постановленіяхъ о *признаніи* сдѣланы редакторами существенные пропуски, касающіеся: 1) власти компетентной для принятія актовъ признанія, 2) времени признанія и 3) дѣйствія его.

Изъ текста закона [1]) ясно видно, что только чиновники актовъ гражданскаго состоянія и нотаріусы могутъ принимать признаніе, но и у первыхъ, а въ особенности у первыхъ, и у вторыхъ совершеніе актовъ сопряжено съ нѣкоторыми затрудненіями. Очень многихъ одна публичность совершенія актовъ у l'officier de l'état civil можетъ удержать отъ заявленія признанія. А между тѣмъ и интересы незаконнорожденныхъ, и интересы общества сходятся въ томъ, чтобы, по возможности, больше вызывать къ жизни подобныхъ актовъ и облегчать ихъ совершеніе [2]).

---

[1]) Art. 331. 334.

[2]) Въ виду сего нѣкоторыя законодательства, какъ, напримѣръ, австрійское (art. 163) вовсе не требуютъ формальнаго признанія—всякое выраженіе воли, если только въ немъ нѣтъ сомнѣнія, можетъ констатировать признаніе.

Digitized by Google

Вотъ почему доктрина почти единогласно толкуетъ законъ въ томъ смыслѣ, что всякій чиновникъ имѣетъ право принимать акты признанія, если они находятся въ связи съ фактами, входящими въ кругъ вѣдѣнія чиновника. Но практика, не имѣющая предъ собою положительнаго закона, или придерживается слѣпо буквы статьи, дозволяя принимать акты признанія лишь officiers de l'état civil и нотаріусамъ, или же расширяетъ толкованія ея до крайнихъ размѣровъ, позволяя совершать акты о reconnaissance даже у агентовъ полиціи. Въ силу этого французскіе цивилисты высказываютъ совершенно основательное желаніе имѣть редакцію 334 ст. съ такой прибавкой: Elle (т. е. reconnaissance) peut être reçue par un officier de l'état civil, par un notaire, et par tout autre officier public lorsqu'elle se rattache a un acte de sa compétence [1]).

Второй пропускъ во французскомъ законодательствѣ относительно признанія касается вопроса *о времени* признанія. Вопросъ этотъ совершенно обойденъ кодексомъ, и потому происходитъ понятное разногласіе между учеными по поводу этого предмета. Относительно, впрочемъ, того, что признаніе можетъ быть совершено и до рожденія признаваемаго (лишь бы онъ былъ зачатъ) спору нѣтъ. Разногласіе существуетъ только относительно признанія *по смерти дитяти.* Мы указывали въ своемъ мѣстѣ, какъ раздѣляются голоса спорящихъ. Главное возраженіе категоріи ученыхъ, отвергающихъ право признанія послѣ смерти дитяти, заключается въ томъ, что тогда признаніе можетъ стать средствомъ спекуляціи. Это возраженіе вполнѣ основательно и поэтому надо одобрять только такой проектъ перемѣнъ въ кодексѣ, который гарантируетъ отъ этихъ злоупотребленій. Таковъ проектъ Баре. Вотъ онъ. Признаніе не можетъ быть сдѣлано по смерти дитяти, исключая слѣдующихъ случаевъ: 1) если дитя оставило законныхъ нисходящихъ, которые существовали еще въ эпоху признанія; 2) если желающій совершить признаніе не могъ его сдѣлать до смерти дитяти; 3) если признающій, совершая признаніе, не зналъ о смерти дитяти; 4) если признаніе было сдѣлано не съ цѣлью получить наслѣдство послѣ дитяти [2]).

Третій пропускъ въ трактатѣ о признаніи составляетъ вопросъ о

---

1) См. Baret, p. 170.

2) Baret, 170, 171.

Digitized by Google

дѣйствіи его. Въ кодексѣ объ этомъ предметѣ есть такая статья. „Признаніе, сдѣланное во время брака однимъ изъ супруговъ въ пользу незаконнаго дитяти, которое онъ прижилъ до брака отъ другаго лица, не можетъ вредить ни супругу, ни дѣтямъ, прижитымъ въ бракѣ [1])“. Но извѣстно, что признаніе можетъ быть не только добровольное, но и принудительное. Спрашивается, какъ быть въ томъ случаѣ, если судъ, противъ воли лица, состоящаго въ бракѣ, признаетъ за нимъ дитя, прижитое имъ до брака отъ третьяго лица — позволяется ли такому дитяти, говоря языкомъ статьи „вредить“ интересамъ законнаго супруга и законныхъ дѣтей, или нѣтъ. Ясно, что и чувство справедливости, и аналогія фактовъ говорятъ, что права этого дитяти не должны идти дальше незаконнаго отца. Но такъ какъ въ кодексѣ на сей разъ господствуетъ полное молчаніе, то практика не всегда примѣняетъ законъ въ этомъ смыслѣ. Съ этой точки зрѣнія вполнѣ понятно желаніе французскихъ цивилистовъ имѣть дополненіе къ ст. 337 въ указанномъ нами смыслѣ.

Но ст. 337 представляетъ неполноту еще и въ другомъ отношеніи. Она говоритъ о вредѣ, который можетъ причинить признаніе незаконнаго дитяти законному супругу и законнымъ дѣтямъ. Но что это за вредъ, статья не опредѣляетъ. Бываютъ случаи, когда осязательнаго, явнаго, прямаго вреда, повидимому, нѣтъ, а между тѣмъ косвенно признаніе можетъ оказывать весьма вредное вліяніе на права указанныхъ выше лицъ. Мы понимаемъ случаи, когда *берутъ въ семью* признанное дитя, прижитое до брака. Здѣсь вреда матеріальнаго можетъ и не быть —дитя можетъ жить на свой счетъ, а между тѣмъ могутъ происходить частыя столкновенія между супругами по поводу одному изъ нихъ чуждаго семьянина, словомъ, можетъ страдать семейный миръ. Такой именно случай предусмотрѣнъ италіанскимъ законодательствомъ, прямо постановляющимъ, что дитя до брака прижитое однимъ изъ супруговъ отъ третьяго лица, не можетъ быть введено въ ихъ общую квартиру, безъ согласія на то другаго супруга. На эту статью Codice Cevile [2]) указываютъ и французскіе цивилисты, какъ на достойную подражанія.

Наконецъ, послѣдній и весьма существенный пропускъ француз-

---

[1]) Art. 337.

[2]) Art. 183.

Digitized by Google

скаго кодекса относительно признанія касается вопроса объ отмѣняемости его, съ отмѣной завѣщанія, въ которомъ оно помѣщено. Мы указывали выше на мотивы, оправдывающіе такое толкованіе закона. Эти же соображенія могутъ служить мотивами и для дополненія закона.

Но самый существенный пропускъ французскаго кодекса въ вопросѣ о доказательствахъ незаконнаго сыновства заключается въ томъ, что такъ называемое possession d'état не введено въ число способовъ доказательства filiation naturelle. А между тѣмъ это possession, по справедливому выраженію Порталиса, est le plus puissant de tous les titres. Мы указывали въ своемъ мѣстѣ на тѣ вѣскія мотивы, которые выставляются французскими цивилистами, въ доказательство необходимости примѣнить пользованіе правосостояніемъ при констатированіи незаконнаго сыновства. Эти мотивы заключаются въ убѣдительности этого доказательства, его очевидности и практической пригодности. Но не взирая на всю силу этихъ доводовъ, большинство и практиковъ, и ученыхъ того мнѣнія, что, на основаніи узаконеній кодекса, possession d'état нельзя признать легально дѣйствующимъ. Съ этой стороны, внесеніе его въ кодексъ, какъ доказательства filiation naturelle, было бы санкціонированіемъ уже теперь изрѣдка существующей практики и проведеніемъ въ жизнь принципа, одобряемаго доктриной.

Итакъ, подводя итогъ всему сказанному, мы приходимъ къ заключенію, что принципъ, положенный въ основаніе саксонскаго законодательства не только согласуется съ началами правды, права, и законодательной политики, но и имѣетъ за собою послѣднее слово науки въ лицѣ многихъ представителей нѣмецкой [1]) и французской цивилистики. Кромѣ того, этотъ принципъ даетъ возможность создать законодательство, удовлетворяющее потребности жизни, законодательство, разрѣшающее явленія жизни, а не отрицающее ихъ.

Напротивъ того, принципъ кодекса Наполеона нарушаетъ

---

[1]) Еще на дняхъ появилась въ Лейпцигѣ написанная нашимъ остзейскимъ юристомъ основательная монографія объ алиментарной обязанности, гдѣ со всей убѣдительностью отстаивается принципъ Paternität'a. Мы разумѣемъ книгу Buengner'a, на которую мы нѣсколько разъ ссылались выше.

Digitized by Google

правила справедливости, не признавая естественной связи между незаконнымъ отцемъ и его дѣтьми, противорѣчитъ логикѣ права, снимая всякую отвѣтственность съ этого отца—виновника незаконнаго рожденія, и, наконецъ, погрѣшаетъ противъ задачъ здравой законодательной политики, поощряя развратъ, вызывая къ жизни массу разнородныхъ преступленій, и создавая классъ людей вредныхъ для государства.

Недостатокъ принципіальный влечетъ за собою обиліе недостатковъ въ текстѣ. Мы не разъ имѣли случай указывать на безъисходное положеніе французскихъ цивилистовъ, ищущихъ въ своей законодательной книгѣ того, чего въ ней нѣтъ, но что должно быть, ищущихъ законовъ для enfants naturels, а не одного лишь игнорированія этихъ, такъ поэтически названныхъ, но такъ прозаически de jure обставленныхъ, дѣтей. Эти поиски за закономъ производятъ массу контроверсъ, путаницу понятій, смѣшеніе аналогій. Часто приводятся одни и тѣ же аргументы въ доказательство совершенно различныхъ мнѣній, стараются отыскать въ подготовительныхъ работахъ къ кодексу то, чего нѣтъ въ самомъ кодексѣ и, въ концѣ концовъ, многіе сознаются, что, хотя законъ и до крайности жестокъ, но онъ, всетаки, законъ; словомъ, кодексъ Наполеона есть олицетвореніе разлада между закономъ и фактомъ.

Въ силу всего этого мы думаемъ, что, при реформѣ русскаго законодательства, очи нашихъ законодателей должны быть направлены въ нѣмецкія земли, а не во Францію; мы думаемъ, что въ этомъ смыслѣ не только принципъ саксонскаго законодательства, но и текстъ его, за указанными недостатками, достоенъ вниманія нашихъ законодателей. Можетъ быть скажутъ, что странно совѣтовать реформу по чужому законодательству, не изучивши своего, что такое рѣшеніе вопроса будетъ слишкомъ космополитическимъ. На это мы отвѣтимъ: во первыхъ, что нашъ Сводъ въ вопросѣ о незаконнорожденныхъ есть тотъ же кодексъ Наполеона только еще въ болѣе печальномъ видѣ, слѣдовательно, все то, что говорено было о недостаткахъ французскаго законодательства, прямо приложимо, за немногими исключеніями, и къ русскому; во вторыхъ, объ изученіи нашего дѣйствующаго законодательства о незаконнорожденныхъ, строго говоря, не можетъ быть и рѣчи—по простой причинѣ: потому, что его нѣтъ; такъ какъ одна статья, да пять, шесть фискальныхъ постановленій не составляютъ еще законовъ. Рѣчь, слѣдовательно, можетъ быть только о реформѣ законодательства, а въ дѣлѣ о реформы важно не то, что національно, и что не національно, а то, что справедливо и разумно.

Digitized by Google

Что же касается этой реформы, то она, по истинѣ, представляется дѣломъ неотложной необходимости. Положеніе незаконнорожденныхъ по нашему X т. печальнѣе положенія ихъ по какому бы то ни было западноевропейскому кодексу. У насъ, строго говоря, нѣтъ ни принципа Paternität'a, ни принципа Maternität'a. Съ отцемъ по нашему Своду незаконнорожденный не имѣетъ никакой связи [1]), и отрицаніе этой связи на столько абсолютно, что даже добровольное *признаніе* отца не можетъ ее установить—ограниченіе замѣчательное: всѣ законодательства, даже отвергающія Paternität, признанію даютъ полную силу, какъ акту, который съ несомнѣнною достовѣрностью констатируетъ отчество, а у насъ признаніе отрицается именно потому, что имъ вѣрно констатируется это отчество.

Послѣ такого отношенія нашего Свода къ опредѣленію незаконнаго сыновства, совершенно понятенъ отказъ незаконнорожденному въ правѣ требовать отъ своего отца алиментовъ въ формѣ гражданскаго иска и отказъ въ какихъ бы то ни было наслѣдственныхъ правахъ по смерти послѣдняго. Съ матерью, хотя нашъ Сводъ и признаетъ юридическую связь незаконнорожденнаго, но эта связь не идетъ дальше алиментовъ. Права наслѣдованія послѣ нея дѣти не имѣютъ. О какихъ бы то ни было правахъ по отношенію къ родственникамъ материнскимъ уже, само собою, не можетъ быть и вопроса [2]). Если мы прибавимъ сюда, что незаконнорожденный, отрѣзанный отъ семьи, не пользуется и *опекой*, которая назначается надъ сиротами, (а незаконнорожденный, вѣдь, тотъ же, сирота), то положеніе его въ сферѣ гражданскихъ правъ оказывается положеніемъ какого то не признаннаго закономъ человѣка.

Таковы частныя права незаконнорожденнаго; публичныя ихъ нелучше.

Незаконнорожденный по нашему Своду не можетъ родиться человѣкомъ „благороднымъ", хотя бы родители его были записаны на самыхъ прочныхъ скрижаляхъ благороднаго происхожденія [3]). Это человѣкъ податной по рожденію. Въ этомъ смыслѣ можно сказать, что у насъ всякій незаконнорожденный изъ привиллегированнаго сословія

---

[1]) Мы разумѣемъ связь въ смыслѣ отчества, а не въ смыслѣ наказанія отца за преступленіе незаконнаго сожитія, о чемъ говоритъ 994 ст. Улож. о Наказ.

[2]) Т. X. Ч. I. ст. 136 и 137.

[3]) Ст. 138.

Digitized by Google

подвергается лишенію правъ состоянія, вслѣдствіе рожденія своего. Но ограниченіе въ правахъ идетъ еще дальше—воспитанниковъ Приказовъ Общественнаго Призрѣнія изъ незаконнорожденныхъ запрещается принимать въ гражданскую службу съ присвоеніемъ права на полученіе классныхъ чиновъ, хотя бы они получили воспитаніе въ гимназіяхъ или въ равныхъ имъ учебныхъ заведеніяхъ на счетъ Приказовъ Общественнаго Призрѣнія [1]). Это правило составляетъ тоже исключительную особенность нашего кодекса. Всѣ законодательства Западной Европы уже давно отказались отъ средневѣковой традиціи – карать незаконнорожденнаго лишеніемъ публичныхъ правъ.

Но этимъ не исчерпывается вся печальная особенность нашихъ законовъ въ вопросѣ о незаконныхъ дѣтяхъ. Онѣ не только лишаются указанныхъ выше правъ, но и пріобрѣсть ихъ никоимъ образомъ не могутъ. Нашъ Сводъ не допускаетъ *узаконенія* послѣдующимъ бракомъ—новое ограниченіе, котораго не знаетъ Европа не только протестантская, но и католическая—и по простой причинѣ: всѣ ограниченія въ правахъ незаконныхъ дѣтей истекаютъ изъ необходимости покровительствовать законному браку, но если бракъ родителями заключенъ, то потребность въ такихъ ограниченіяхъ исчезаетъ. Но нашъ законъ караетъ незаконнорожденныхъ во имя незаконнорожденности. Если мы припомнимъ, что съ 1829 года воспрещено и ходатайство объ узаконеніи рескриптомъ, то безправіе нашихъ незаконнорожденныхъ окажется, дѣйствительно, непоправимымъ безъ изданія новаго закона. А это изданіе представляется не только необходимымъ, но и вполнѣ удобоисполнимымъ въ настоящее время. Я говорю въ настоящее время потому, что думаю, что въ прошедшее время поправка нашихъ законовъ о незаконнорожденныхъ была, дѣйствительно, немыслима. Въ самомъ дѣлѣ, возможенъ ли былъ, при господствѣ крѣпостнаго права, алиментарный искъ? Не былъ ли бы онъ тогда самымъ рѣзкимъ диссонансомъ въ крѣпостной гармоніи? Не создавалъ ли бы онъ, по преимуществу, случаевъ, гдѣ на одной сторонѣ являлся бы истцомъ крѣпостной человѣкъ или дворовая дѣвка, а на другой естественный охранитель имущественнаго и нравственнаго преуспѣянія крестьянина—помѣщикъ. Кто помнитъ крѣпостные порядки, тотъ согласится, что эти иски покончивались бы не отчествомъ, а отеческимъ наставленіемъ, которое преподавалъ бы изъ своихъ рукъ отвѣтчикъ своимъ истцамъ.

[1]) Т. XIII. Ст. 557.

Digitized by Google

Съ этой стороны, разсматривая вопросъ, согласишься, что тогда и признаніе, и узаконеніе было невозможно; первое вносило бы деморализацію sui generis въ дворянскія семьи, а второе подрывало бы „благородство“ дворянскаго сословія. А тогда это были аргументы, спорить противъ которыхъ значило чуть не разрушать основы государства. Но теперь время крѣпостнаго права миновало. Благородство благородныхъ сословій должно поддерживаться уже другими болѣе активными, но за то и болѣе достойными средствами. Незаконныя дѣти могутъ быть введены въ законъ, не производя никакой дисгармоніи въ нашей общественной жизни. И этотъ вводъ долженъ, по нашему крайнему разумѣнію, совершиться въ формѣ Paternität'a. Онъ не только изгладилъ бы одну изъ несправедливостей нашего Свода, но и поднялъ бы правосознаніе нашего народа, привлеченіемъ къ отвѣтственности виновнаго. Мало того, онъ послужилъ бы оплотомъ противъ тѣхъ крѣпостныхъ привычекъ, которыя еще такъ живучи въ нашемъ обществѣ, и которыя поддерживаются, между прочимъ, безнаказанностью обольстителя.

Наконецъ, онъ освободилъ бы наше отечество отъ многихъ другихъ язвъ, на которыя мы указывали выше, при изложеніи преимуществъ принципа Paternität'a. Могутъ возразить, что такой искъ противорѣчитъ понятіямъ нашего народа, относящагося презрительно и пренебрежительно къ незаконнорожденнымъ [1]). Но всегда ли надо законодателю сообразоваться въ своихъ реформахъ съ воззрѣніями народа; не служатъ ли нерѣдко эти воззрѣнія лишь юридической паталогіей, а не здравымъ правосознаніемъ. Защитникамъ народныхъ воззрѣній надо почаще приводить такіе факты, какъ тотъ, что недавно случился въ одномъ изъ селъ Новгородской губерніи, фактъ всенароднаго сожженія, по приговору сельскаго схода, несчастной женщины, обвиненной въ колдовствѣ.

Вообще ссылкой на нравы народа надо пользоваться съ осторожностью, при вопросѣ о реформѣ. Ссылаясь на нравы, надо было воздержаться и отъ отмѣны крѣпостнаго права, потому что оно было въ нашихъ нравахъ; но крѣпостное право, всетаки, отмѣнено и, замѣчательно, оно теперь стало настолько не въ нашихъ нравахъ, что возвратъ къ нему, если бы даже кто этого и пожелалъ, рѣшительно не возможенъ. Объ отношеніяхъ

[1]) Что и было высказано нѣсколько лѣтъ тому назадъ на первомъ съѣздѣ русскихъ юристовъ въ Москвѣ.

Digitized by Google

законодателя къ воззрѣніямъ народа можно сказать одно: законодатель долженъ имѣть ихъ всегда въ виду, но лишь изрѣдка ими руководствоваться; иначе законъ будетъ только всегда народнымъ, но не всегда справедливымъ.

Итакъ мы приходимъ къ окончательному заключенію, что реформа нашего Свода, въ вопросѣ о незаконнорожденныхъ, должна быть совершена:

1) По принципу *Paternität'a* и *алиментарной обязанности*, какъ самому справедливому и самому раціональному. На этотъ путь тѣмъ легче стать нашему законодательству, что оно уже слѣдуетъ ему, но только въ порядкѣ уголовномъ, при наказаніи за незаконное сожительство. Необходимо ввести, напротивъ, гражданскій искъ, а уголовное преслѣдованіе за незаконное сожительство совсѣмъ отмѣнить, какъ постановленіе устарѣлое.

2) Необходимо допустить *признаніе*, какъ не только справедливѣйшій, но и разумнѣйшій способъ констатированія незаконнаго сыновства.

3) Необходимо ввести *узаконеніе* чрезъ послѣдующій бракъ, этотъ гуманнѣйшій институтъ, который нашло необходимымъ ввести еще жестокое къ незаконнорожденнымъ римское право, и который, съ тѣхъ поръ, живетъ во всѣхъ законодательствахъ Европы, безъ различія ихъ принциповъ. Такое нововведеніе было бы тѣмъ удобоисполнимое, что оно заключало бы въ себѣ лишь возвращеніе къ старинѣ—къ такъ называемому *привѣнчиванію* незаконныхъ дѣтей.

4) Необходимо установить обязательную *опеку* надъ незаконнорожденнымъ и тѣмъ поставить безпристрастнаго посредника между матерью незаконнорожденнаго и его отцемъ.

5) Необходимо дать незаконнорожденному нѣкоторое *право участія въ наслѣдованіи* послѣ своихъ родителей; такъ какъ лишеніе наслѣдственныхъ правъ есть уголовная кара, а незаконнорожденный никакого преступленія не совершилъ. Здѣсь новый законъ могъ бы опереться на обычай нашего простаго народа, который видитъ въ незаконнорожденномъ такого же законнаго претендента на наслѣдство, какъ и во всякомъ годномъ къ работѣ членѣ семьи [1]). Кромѣ того, само собою,

---

[1]) Труды Коммиссіи по преобраз. вол. судовъ, т. I. Стр. 391, 435, 465, 500 и др.

Digitized by Google

разумѣется, должны быть отмѣнены и тѣ ограниченія въ публичныхъ правахъ незаконнорожденныхъ, которыя еще живутъ, какъ обломокъ старины въ нашемъ законодательсвѣ, какъ то: приписка незаконнорожденныхъ привиллегированныхъ сословій къ податнымъ и лишеніе ихъ, по крайней мѣрѣ, de jure, служебныхъ правъ.

Только реформа на этихъ началахъ удовлетворяла бы и чувству правды, и выгодамъ государства, и только она могла бы вывести нашихъ незаконнорожденныхъ изъ того положенія, которое напоминаетъ слова Руссо: „L'homme est né libre et partout il est dans les fers.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Цѣна 1 руб. 50 коп.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google